Die Haftung des Verkäufers und Unternehmers für Fehler und Mängel nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock.

Vorgelegt von

Friedrich Eckert

Referendar

aus Wallefeld, Bez. Cöln.

1904.

Druckerei des Westfälischen Tageblatts, Hagen i. W.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0110

Die Haftung des Verkäufers und Unternehmers für Fehler und Mängel nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock.

Vorgelegt von

Friedrich Eckert

Referendar

aus Wallefeld, Bez. Cöln.

ACAD. LOUVAIN BIBL.

Druckerei des Westfälischen Tageblatts, Hagen i. W.

Seinen lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Der Verfasser.

Literaturverzeichnis.

Aschheim, K., Der Wandelungsanspruch beim Kauf des B.G.-B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechtes. Dissertation—Rostock 1902.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Bönninger, Curt, Die Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrtragung beim Werkvertrag des gemeinen und bürgerlichen Rechts. Dissertation—Leipzig 1902.

Bredt, Joh. Vict., Die Gefahrtragung beim Werkvertrag nach römischem Recht und B.G.-B. Dissertation—Leipzig 1902.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechts. Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1899.

Crome, a. Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache. Im Archiv für die civil. Praxis Bd. 78 Freiburg i. B. 1892.

b. Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg i. B. 1897.

c. System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Aufl.

Dankwardt, Die locatio conductio operis in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 13 Nr. 7. Jena 1874.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.

Dernburg, a. Pandekten. Berlin 1901.
b. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Halle 1901.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in Gruchots Beiträgen. Bd. 43. Berlin 1899.

Ehrenberg, Kauf- und Werkvertrag in Ihering Jahrbüchern. Bd. 27. Jena 1889.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Dissertation Greifswald 1900.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht mit Einschluß des Handelsrechts. Berlin 1897/98.

Engeling, Worin unterscheidet sich nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches die Haftung des Verkäufers und Unternehmers für Fehler und Mängel. Dissertation — Leipzig 1902.

Fischer & Henle, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. München 1899.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandlung. In Gruchots Beiträgen. Bd. 44.

Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl.

Frisch, Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch mit Rücksicht auf das gemeine und preußische Recht.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Goldmann & Lielienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1897.

Goudefroy, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Dissertation Rostock 1902.

Guischard, K., Die Ansprüche des Bestellers im Werklieferungsvertrag beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuche. Dissertation Rostock 1903.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.

Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht.

Haßlacher, Die Haftung der Verkäufers für Fehler und Mängel nach gemeinem Recht und dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation — Erlangen 1897.

Haymann, Dr. jur., Franz, Die Frage nach der rechtlichen Natur und prozeßualen Behandlung des

Wandlungsanspruchs. In Gruchots Beiträgen, 46. Jahrg. (1902) S. 509 ff.

Heuer, Klageantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen. In der Hanseatischen Gerichtszeitung, 15. Jahrg. Nr. 14.

Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. München 1892.

Kaufmann, E., Welchen Einfluß hat eine vom Verkäufer vorgenommene Verfügung über die Kaufsache auf die ädilicischen Rechtsmittel nach gemeinem Recht und B.G.-B.? Dissertation — Rostock 1901.

Kaulbach, M., Die Konstruktion der Wandelung und Minderung im B.G.-B. Dissertation — Rostock 1903.

Kemmerich, Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache nach gemeinem Recht und dem B.G.-B. Dissertation — Erlangen 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

Krückmann, Institutionen zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl.

Laband, Zum zweiten Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 74. Freiburg i. B. 1889.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissertation — Erlangen 1900.

Lenel, a. Die Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 74. Freiburg i. B. 1889.

b. Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Im Archis für die civil. Praxis. Bd. 79. Freiburg i. B. 1892.

Leonhardt, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. Göttingen 1896.

Leske, Bürgerliches Gesetzbuch und Preußisches Allgemeines Landrecht. Berlin 1900.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Matthiaß, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrg. 7 (1902) S. 205 ff.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche des bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissertation — Rom 1900.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2 Aufl.

Nißen, Ein Beitrag zum § 478 B.G.-B. (Wandelungseinwand). Jur. Wochenschrift, 31. Jahrg. (1902). S. 565 ff.

Oertmann, Kommentar zum zweiten Buche des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Oertmann, Zur Lehre von der Wandelung. In „das Recht". 8. Jahrg. (1904) S. 4 ff.

Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. 24. Wien 1897.

Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1898.

Schernowsky, K., Die Bestimmungen des B.G.-B. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit oder Leistung. Dissertation — Rostock 1902.

Stratmann, E., Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des B.G.-B. Dissertation — Rostock 1901.

Schmidt, P., Worin weichen die Regeln des B.G.-B. über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Dissertation — Rostock 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.

Staffel, Über die Wirkungen der peremtorischen Einreden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und einige damit zusammenhängende praktische Fragen, im sächsischen Archiv. Bd. 10.

Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Dissertation — Erlangen 1898.

Stamm, L., Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten

Eigenschaft im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation — Leipzig 1902.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.

Steinitz, Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung. Dissertation — Breslau 1901.

Schiedges, Zum arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Dissertation — Bonn 1902.

Stratmann, E., Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des B.G.-B. Dissertation — Rostock 1901.

Thiele, Die Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem B.G.-B. Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 93 (1902) S. 387 ff.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Werner, Das Recht, 6. Jahrgang 1902 S. 282 ff., 338 ff., 476 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.

Windscheid, a. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.
b. Die Voraussetzung. Im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 78. Freiburg i. B. 1892.

Wuppermann, E., Worin weichen die Regeln des B.G.-B. über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab. Dissertation — Rostock 1902.

Zager, Die Haftung für faktische Mängel beim Kauf- und Werkvertrag. Dissertation — Greifswald 1902.

Inhalt.

A. Einleitung.

Abgrenzung der Aufgabe.

B. Hauptteil.

I. Kapitel:

Kreis der zu vertretenden Fehler und Mängel.

a. Allgemeines.
b. Die gesetzliche Haftung.
c. Die vertragliche Haftung.
d. Die Haftung für arglistisch verschwiegene Fehler.

II. Kapitel:

Der maßgebende Zeitpunkt (die Gefahrfrage).

a. Beim Kauf.
b. Beim Werkvertrag.

III. Kapitel.

Welche Ansprüche ergeben sich aus dem Vorhandensein von Mängeln?

a. Für den Käufer:
   1) Übersicht;
   2) Die einzelnen Ansprüche.

b. Für den Besteller:

1) Übersicht;
2) Die einzelnen Ansprüche.

IV. Kapitel.

Ausschluß der Haftung.

a. Beim Kauf.
b. Beim Werkvertrag.

V. Kapitel.

Die Verjährung der Ansprüche.

a. Beim Kauf.
b. Beim Werkvertrag.

Einleitung.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Materie der „Haftung für Fehler und Mängel" im Gegensatz zum preußischen allgemeinen Landrecht[1]) — wenigstens beim Kauf — in zwei vollständig getrennten Rechtsinstituten behandelt. Es ist dies einerseits die Haftung für Mängel im Recht — in der Wissenschaft meist Rechtsgewährleistung genannt — §§ 433 bis 444[2]) andererseits die Haftung für tatsächliche oder physische Mängel — im Gegensatz zu „Mängel im Recht" kurzweg „Mängel der Sache" genannt — §§ 459 bis 492.

Seinen Ursprung hat das Gewährleistungsrecht im ältesten römischen Recht, wo es sich in erster Linie in Beziehung auf den Kauf entwickelt und in den beiden für das bürgerliche Gesetzbuch mustergültigen Instituten der Gewährleistung für Eviktion und für Sachmängel geäußert hat. Vom Kauf aus wurde dort die Haftung für Eviktion auf alle Fälle ausgedehnt, „wo jemand verpflichtet war, Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben der Sache gab, zu verschaffen".[3])

Auch hierin ist das römische Recht für das bürgerliche Gesetzbuch vorbildlich gewesen. Zwar glaubte man

[1]) Engeling a. a. O. S. 9.
[2]) §§ ohne Zusatz deuten auf das B.G.-B. hin.
[3]) S. Windscheid-Kipp II § 392.

beim Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, das Gewährleistungsrecht im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse regeln zu müssen, aber die Kommission für die zweite Lesung beschloß ohne Debatte, sowohl die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte des Veräußerers als auch wegen Mängel der veräußerten Sache zunächst für den Kauf zu regeln und dann zu prüfen, ob und inwieweit die für den Kauf gegebenen Rechtssätze auf andere entgeltliche Verträge auszudehnen seien".[1] Man entschloß sich zu diesem Schritte mit der Begründung, daß „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtssätze vorerst auf den Kauf beschränke, auf dessen Gebiet die Hauptanwendungsfälle liegen."[2]

Vom Kauf sind sie auf alle anderen sogen. lästigen Verträge ausgedehnt.[3] So finden wir bei all diesen Verträgen auf die Gewährleistungsregeln des Kaufs verwiesen.[4]

Eine abweichende Regelung hat das Gewährleistungsrecht in manchen Punkten beim Werkvertrag gefunden. Zunächst fehlt hier die Zweiteilung in der Mängelhaftung insofern, als von einer Gewährleistung wegen Mängel im Recht nichts erwähnt ist. Das hat seinen Grund darin, daß — wenigstens beim reinen Werkvertrag —

[1]) S. Motive II S. 212.
[2]) Protokolle I S. 653 und 670.
[3]) Vergl. §§ 445 und 493.
[4]) Vergl. z. B. die Annahme an Erfüllungsstatt § 365, den Tausch § 515, die Zuteilung eines Gegenstandes bei Aufhebung einer Gemeinschaft § 757, die Haftung bei einem Vermächtnis §§ 2182/83 und mehrere Stellen des Werkvertrags.

Mängel im Recht fast gar nicht oder nur in ganz untergeordnetem Maße vorkommen.[1] [2])

„Denn der Werkvertrag als solcher hat eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse nicht zur Folge.“[3]) Riezler fügt diesem Satz die Anmerkung bei: Für das römische Recht sagt Ulpian im l. 39 D. 19,2: „Non solet locatio dominium mutare“ ein Satz, der für jede locatio gilt.“

Der Besteller liefert den Stoff für das herzustellende Werk, und er bleibt Eigentümer desselben. Der Unternehmer erwirbt hier nicht, wie allgemein der Spezifikant, Eigentum an der hergestellten beweglichen Sache.[4]) Dies folgt mit Klarheit aus den §§ 631 und 651. Denn während es im letzteren §, der den sogen. Werklieferungsvertrag behandelt, heißt: „Der Unternehmer hat dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das

---

[1]) Vergl. Planck a. a. O. Vorbem. zu §§ 633—639, ferner Emerich a. a. O. S. 24. „Eine Rechtsgewähr ist dem Werkvertrag nicht eigentümlich.

[2]) Riezler a. a. O. S. 105 konstruiert den Fall, „wenn Nebensachen, ohne nach § 946, 947 Abs. 2 wesentliche Bestandteile der Hauptsache zu werden, vom Unternehmer als Zubehör gegeben werden und an den Nebensachen Rechte dritter bestehen.“ Wenn hier § 633 nicht ausreichte, würde man ebenso wie beim Werklieferungsvertrag § 434 ohne Bedenken analog anwenden können. Vergl. hierzu Planck a. a. O. Vorbem. zu §§ 633 bis 639.

[3]) Riezler a. a. O. S. 27.

[4]) § 950 ist hier eingeschränkt zu Gunsten des Werkvertrags. Vergl. Riezler a. a. O. S. 28, Frisch a. a. O. S. 10, Emerich a. a. O. S. 6: „Hierbei — sc. Werkvertrag mit Stofflieferung vom Besteller — ändert sich durch die Bearbeitung nichts am Eigentum des Bestellers. Die Arbeit wird direkt in sein Vermögen aufgewendet, § 950 sagt dies zwar nur von beweglichen Sachen aber es gilt auch für unbewegliche, denn nach § 946 gilt auch heute noch der Satz: superficies solo cedit. Vergl. auch Motive II S. 476 ff.

Eigentum daran zu verschaffen", ist unter den Regeln über den reinen Werkvertrag nirgends eine Bestimmung enthalten, welche den Unternehmer zur Verschaffung des Eigentums an dem hergestellten Werk verpflichtet. Es heißt in § 631 nur: „Der Unternehmer ist zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet."

Das folgt ferner aus den §§ 644 Abs 1 S. 3 und 647. Denn wäre der vom Besteller gelieferte Stoff in das Eigentum des Unternehmers übergegangen, so würde dieser auch die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung tragen, denn casum sentit dominus. Und es würde in § 647 heißen: Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrage ein „Zurückbehaltungsrecht" an den von ihm hergestellten beweglichen Sachen nicht aber „Pfandrecht", denn niemand kann als Eigentümer an seinen eigenen beweglichen Sachen für sich selbst ein Pfandrecht bestellen. Wozu brauchte er auch ein Pfandrecht, wenn er das weit stärkere und umfassendere Eigentumsrecht an der hergestellten beweglichen Sache besäße.[1]) Eine weitläufige Argumentation, wie sie Riezler[2]) führt, ist m. E. zum Nachweise, daß das Eigentum des Stoffes beim Besteller bleibt, nicht erforderlich. Und wenn Riezler[3]) sagt: „Auch das Schweigen des bürgerlichen Gesetzbuches scheint mir dafür zu sprechen, daß der durch die Spezifikation regelmäßig eintretende Erwerb des Eigentums hier unterbleibt", so ist ihm nur zu erwidern, daß das Schweigen da wohl berechtigt ist, wo des Gesetzgebers Wille aus ergänzenden Bestimmungen klar hervorgeht.

---

[1]) Vergl. Emerich a. a. O. S. 7.
[2]) S. 27.
[3]) S. 28.

Bei dem gänzlichen Fehlen von Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel im Recht beim Werkvertrag ist es daher nicht möglich, die entsprechenden Regeln des Kaufs zu einer vergleichenden Erörterung heranzuziehen. Aus demselben Grunde scheidet auch die Haftung für Viehmängel, §§ 481 bis 492, aus dem Rahmen unserer Aufgabe aus. Bei der Durchführung unserer Aufgabe müssen wir den Maßstab den Regeln des Werkvertrags, als dem enger begrenzten Gebiet entnehmen und an die des Kaufs anlegen und prüfen, welche entsprechenden Regeln des Kaufs sich zu einem geeigneten Vergleich heranziehen lassen. Und da beschränken wir uns auf eine vergleichende Darstellung der Haftung des Verkäufers und Unternehmers für faktische physische Mängel.

Diese Haftung hat zur Voraussetzung:

1) Das Vorliegen eines gültigen Vertrages,
2) auf Seiten des Verkäufers resp. Unternehmers eine mangelhafte Erfüllung und
3) auf Seiten des Käufers resp. Bestellers gewisse vom Gesetz auferlegte Handlungen, um sich durch dieselben die Haftung des Verkäufers und Unternehmers zu sichern.

Die Frage zu 1 wird aus den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen beantwortet. Punkt 2 und 3 bezeichnen in der Hauptsache den Inhalt der folgenden Abhandlung.

Bei den vielen Streitfragen, welche auf diesem Gebiet und auf allen unsere Aufgabe berührenden Gebieten zum Teil eingehende Erörterungen erfahren haben, beschränken wir uns darauf, vor allem die zu behandeln, welche sich unmittelbar aus dem Kauf- und Werkvertragsvorschriften

ergeben, während wir die übrigen zwar kurz streifen, aber im allgemeinen auf die sie behandelnden Spezialabhandlungen verweisen.

1. Kapitel.

Kreis der zu vertretenden Fehler und Mängel.

a. Allgemeines.

Verkäufer und Unternehmer haften, allgemein gesagt für Fehler und Mängel. Will man einen Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen machen, so kann man vielleicht einen körperlichen Mangel einer Sache als „Fehler" und das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft als „Mangel" bezeichnen. Die Wissenschaft macht vielfach einen allerdings nur geringen Unterschied und bezeichnet dann mit Recht den Begriff „Mangel" als den übergeordneten, weiterumfassenden.[1][2] Im folgenden werden sie, soweit nicht eine besondere Unterscheidung geboten ist, promiscue gebraucht, wie es auch das bürgerliche Gesetzbuch tut.[3]

Voraussetzung für die Haftung des Verkäufers ist das Vorhandensein eines rechtsgültigen Kaufvertrages, der Verkauf einer Sache, und zwar einer Sache im Sinne des § 90, d. h. eines körperlichen Gegenstandes, sei er

[1] Vergl. Crome B.G.-B. II. S. 454. Beide, d. h. Fehler der Kaufsache und Mängel zugesicherter Eigenschaften werden unter Mängel der Sache begriffen.

[2] Krückmann a. a. O. S. 86 Fehler der Sache sind nur eine Unterart der Mängel.

[3] So z. B. spricht es im § 469, Abs. 1 nur von „Fehlern" und sagt in § 460: Ist dem Käufer ein „Mangel" der in § 459 Absatz 1 bezeichneten Art u. s. w. Vergl. auch Leistner a. a. O. S. 35.

unbeweglich oder beweglich. Die Haftung eines verkauften Rechts füllt unter den Gesichtspunkt der Rechtsgewährleistung[1]), und diese scheidet aus.

Für die Haftung des Unternehmers ist die Herstellung eines Werkes Voraussetzung. Unter Werk ist hier jedoch nicht nur ein körperliches Werk zu verstehen, sondern sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg.[2])

Unabhängig ist die Haftung von einem Verschulden des Verkäufers resp. Unternehmers, sie beruht vielmehr unmittelbar auf dem obligatorischen Vertrage.[3]) Ein Verschulden wäre nur geeignet, die an sich schon bestehende Haftung hinsichtlich der daraus entstehenden Ansprüche und ihrer Dauer zu steigern. Selbst also für ihnen selbst unbekannte Mängel werden Verkäufer resp. Unternehmer oft einstehen müssen.[4])

Bei Erörterung der Gewährleistungspflicht giebt uns das Gesetz eine Dreiteilung an die Hand,[5]) nämlich

1) Die Haftung für Fehler, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern — die gesetzliche Haftung,
2) die Haftung für zugesicherte Eigenschaften — die vertragliche Haftung — und
3) die Haftung für arglistig verschwiegene Fehler.

---

[1]) Vergl. Crome, B.G.-B. II S. 443.
[2]) § 631 Abs. 2.
[3]) Vergl. Motive II S. 224, ferner Matthiaß a. a. O. S. 495, Planck a. a. O. zu § 459 Nr. 1, Oertmann a. a. O. zu § 459 Nr. 2, Fischer-Henle a. a. O. zu § 459 Nr. 6.
[4]) Dies war schon im gemeinen Recht so, vergl. Dernburg Pandekten Bd. 2 § 100.
[5]) Vergl. §§ 459, 460, 633 und 637.

b. Die gesetzliche Haftung.

Verkäufer und Unternehmer haften kraft Gesetzes dafür, „daß die Sache resp. das Werk nicht mit Fehlern behaftet ist, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern.[1])

Eine unerhebliche Minderung kommt hier — im Gegensatz zu der vertraglichen Haftung — wenigstens beim Kauf — nicht in Betracht; anders beim Werkvertrag, doch ist auch hier wegen einer unerheblichen Minderung Wandelung ausgeschlossen.[2])

Verkäufer und Unternehmer haben also eine Sache resp. ein Werk von normaler Beschaffenheit zu liefern, d. h. eine Sache oder ein Werk, welchem die vom allgemeinen Verkehr beanspruchten Eigenschaften innewohnen. Bei Gattungssachen ist dies eine Sache von mittlerer Art und Güte.[3]) Für andere Sachen geben die §§ 157 und 242 die Norm: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Die allgemeine Verkehrsauffassung ist vornehmlich maßgebend für die Bestimmung einer Eigenschaft als Fehler oder als Vorzug.[4]) Es ist dies keine Aufgabe der Wissenschaft, noch viel weniger hätte das Gesetz durch eine Definition der Begriffe „Fehler und Mängel" allen Einzelfällen gerecht werden können. Und nach allgemeiner Verkehrsauffassung sind Fehler solche Eigenschaften der Kaufsache resp. des Werks, welche ihren Wert oder

[1]) Vergl. §§ 459 Abs. 1 und 633 Abs. 1.
[2]) Vergl. § 634 Abs. 3.
[3]) Vergl. § 243 Abs. 1.
[4]) Vergl. Cosack a. a. O. I S. 431, Dernburg B.G.-B. S. 49 ff.

ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch beeinträchtigen.[1]) Wann dies der Fall ist, wird ebenfalls von der Verkehrsauffassung bestimmt.

Bei Bemessung des Wertes wird der objektive Verkehrswert, d. h. der Wert, den die Sache erstens als Tauschobjekt, abgemessen an dem allgemeinen Wertmesser Geld, und zweitens als Gebrauchsobjekt hat, wenn man sie nach der Höhe des Vorteils schätzt den sie uns durch ihren fortwährenden Gebrauch gewährt,[2]) nicht aber die subjektive Wertschätzung[3]) der Parteien in Betracht gezogen.

Ebenso giebt auch für eine objektive Beurteilung der „Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch" die Verkehrsauffassung eine Grenze. Es ist darunter die Tauglichkeit zu einem Gebrauch zu verstehen, den ein Durchschnittsmensch unter normalen Verhältnissen von der Sache machen würde, nicht aber der, den der Käufer resp. Besteller in einem speziellen Falle gerne davon machen möchte.[4]) Es handelt sich hier, wie Zager[5]) mit Recht hervorhebt, nicht um juristische Begriffe; es kommt vielmehr die Kenntnis des realen Lebens in Betracht. Wenn ich mir bei einem Schuhmacher ein Paar Schuhe ohne besondere Anweisung bestelle, so kann ich ihn nicht später dafür haftbar machen, daß dieselben zum Bergsteigen zu leicht sind, es müßte denn sein, daß ich sie mir in meiner Eigenschaft als Bergführer bestellt habe und dies dem Schuhmacher bekannt war.

---

[1]) Vergl. Crome B.G.-B. II S. 454.
[2]) Vergl. Steinitz a a. 6 S. 51.
[3]) Vergl. Staudinger a. a. O zu § 459.
[4]) Vergl. Riezler a. a O. S. 105 Crome Partiarische Rechtsgeschäfte S. 282 ff.
[5]) a. a. O. S. 21.

Und gerade dieser letztere Umstand, das der Verkäufer resp. Unternehmer meine Eigenschaft, in der ich kaufe oder bestelle, kennt, ist geeignet, die Basis für die Beurteilung, ob eine Sache oder ein Werk zu dem gewöhnlichen Gebrauch tauglich ist nach oben oder eventuell auch zu Gunsten des Verkäufers oder Unternehmers nach unten zu verrücken. In einem Falle, wo Käufer oder Besteller in einer besonderen außerkontraktlichen Eigenschaft auftreten, muß die Verkehrsauffassung bei der Beurteilung die verschiedensten Verhältnisse, so vor allem die sozialen Verhältnisse der Parteien, insbesondere des Käufers und Bestellers in Betracht ziehen. Ein Kistchen Zigarren ist vielleicht für einen gewöhnlichen Arbeiter eine feine Sorte, während sie der reiche Bankier nicht rauchen mag. Allerdings spielt hier auch der Preis eine große Rolle; falls aber über denselben nichts vereinbart ist, — z. B. der Bankier bestellt bei seinem ständigen Lieferanten ein Kistchen Zigarren — sind dieselben, objektiv betrachtet, zum gewöhnlichen Gebrauch tauglich, wenn sie rauchbar sind, d. h. abgelagert, nicht feucht, ganz u. s. w. Bei diesem Kauf aber mußte der Lieferant bedenken, daß „der Bankier" Käufer war, der „für gewöhnlich" eine bessere Sorte raucht.

Indes treten bei diesen Betrachtungen bereits die subjektiven Parteiinteressen in den Vordergrund, die von bestimmender Bedeutung für die Beurteilung der Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch sind, und auf welche wir unten zu sprechen kommen.

Ob auch die Verkäuflichkeit einer Sache zu deren gewöhnlichen Eigenschaften gehört, ist bestritten.[1]) Das

[1]) Vergl. Dernburg B.G.-B. II 2. S. 50, Ehrlich a. a. O. S. 22 ff.

Gesetz enthält hierüber keine Bestimmungen. Doch ist die Frage — allerdings nicht ganz im Einklang mit unserem obigen Beispiel — wohl zu bejahen, denn eine Sache die für den Käufer, und ein Werk, das für den Besteller als Durchschnittsmenschen vollwertig und zu dem gewöhnlichen Gebrauch tauglich ist, ist es zweifellos auch für jeden anderen Durchschnittsmenschen, und das eben bedingt ja nur die Verkäuflichkeit.

Neben das objektive Moment der Haftung für die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch hat das Gesetz in den §§ 459 Abs. 1 und 633 Abs. 1 noch ein subjektives gesetzt, die Haftung für die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch, welche beide an ihren Grenzen, wie wir oben gesehen haben, in einander übergehen. Auch hier tritt hinsichtlich der Erheblichkeit der Fehler die Haftung wie oben ein. Aber es werden bei der Bestimmung einer Eigenschaft als Fehler in erster Linie die subjektiven Parteiinteressen berücksichtigt, sowohl die, welche Gegenstand ausdrücklicher Beredung beim Vertragsschluß gewesen sind, als auch die, welche Käufer und Besteller stillschweigend, gemäß ihrer außerkontraktlichen Stellung haben durften. Höchst einseitige, vom Vertrage unabhängige Voraussetzungen können allerdings nicht berücksichtigt werden, vielmehr müssen sie im Vertrage liegen, also auf einer, wenn auch nur stillschweigenden Willenseinigung beider Teile beruhen.[1]) Wenn ich mir für einen Einspänner ein Pferd kaufe und der Pferdehändler dies weiß, und er verkauft mir trotzdem eins, welches nur zu zweien geht, so ist das doch

[1]) Vergl. Staudinger a. a. O zu § 459.

wohl ein Fehler, der die Tauglichkeit des Pferdes zu den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht nur mindert, sondern ganz und gar aufhebt.

Bei dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches war es eine brennende Frage, ob man mit der Fassung der §§ 459 und 633, „nach dem Vertrage vorausgesetzt" die vielbekämpfte Windscheid'sche Lehre von der Voraussetzung in das bürgerliche Gesetzbuch übernehmen sollte[1]) Indes kamen die Redaktoren des ersten Entwurfs zu dem Resultat, dieselbe dem Gesetz nicht zu Grunde zu legen, und zwar mit der Begründung, „die Lehre von der Voraussetzung als einer allgemeinen Kategorie der Selbstbeschränkung habe zur Zeit nicht diejenige Durchbildung und Anerkennung erfahren, welche es unbedenklich erscheinen ließe, auf derselben gesetzgeberische Bestimmungen aufzubauen.[2])

Aber man konnte sich zunächst nicht dazu entschließen, sie ganz fallen zu lassen. Erst in der zweiten Lesung wurde die ganze Lehre einstimmig verworfen, und es hatte sein Bewenden damit, daß der bloße Ausdruck „vorausgesetzt" in die entsprechenden §§ aufgenommen wurde, dem aber jeder Zusammenhang mit der Windscheid'schen Lehre durch den Zusatz „nach dem Vertrag"

[1]) Unter Voraussetzung versteht Windscheid jede Annahme oder Erwartung, ohne die der Handelnde nicht gehandelt haben würde. Vergl. Windscheid „Die Voraussetzung" im Archiv für die Zivil-Praxis Bd. 78, S. 195 ff.; derselbe „Die Lehre von der Voraussetzung" S. 1 ff., S. 111 ff. Bekämpft von Lenel im Arch. für die Zivil-Praxis Band 74 S. 213 ff., Band 79 S. 47 ff.

[2]) Vergl. Motive I S. 249.

genommen ist.[1]) Die subjektiven Erwartungen des Käufers und Bestellers sind durchaus nicht maßgebend für den Verkäufer und Unternehmer, es entscheidet vielmehr die „objektive Vertragsbasis, auf welcher ich und mein Gegner standen, als wir kontrahierten.[2]) Es kommt nur darauf an, was Käufer und Besteller nach Treu und Glauben dem Verkäufer oder Unternehmer gegenüber vorauszusetzen berechtigt waren[3]) Und so haben wir unter der Haftung für die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nur die Berücksichtigung der „ausdrücklich oder stillschweigend beim Vertragsschluß zum Ausdruck gekommenem subjektiven Interessen des Käufers und Bestellers zu verstehen.[4]) Da aber für die stillschweigenden Interessen genauere gesetzliche Bestimmungen fehlen, so müssen hierfür wiederum die Vorschriften von Treu und Glauben und im Streitfalle das richterliche Ermessen die Richtschnur geben.

b. Die vertragliche Haftung.

Bei der dispositiven Natur der Kauf- und Werkvertragsvorschriften steht es den Parteien frei, die Haftung

[1]) Ein bedeutendes Verdienst hieran hat zweifellos Crome, der diese Lehre im Archiv für die Zivil-Praxis Bd. 78 aufs entschiedenste bekämpft hat. Indes seine Befürchtung, sie sei in diesen Abschnitt wie ein Kuckucksei hineingelegt, war nicht begründet, denn nach den Motiven Band I S. 249 war der § 459 (381 des ersten Entwurfs) nicht einmal unter denen, bei welchen diese Lehre zur Anwendung kommen sollte. Crome selbst ist von seiner Ansicht zurückgekommen (vergl. die partiarischen Rechtsgeschäfte) und nimmt jetzt an, daß die Fassung des Gesetzes mit der die Lehre von der Voraussetzung ablehnenden Auffassung vereinbar sei. Vergl. a. a. O. S. 281 ff.

[2]) Vergl. Crome, „Partiarische Rechtsgeschäfte" S. 283/84.

[3]) Vergl. Dernburg, B.G.-B. II, 2. S. 50. Cosack a. a. O. Bd. 2 § 127II Abs. 1.

[4]) Vergl. Riezler a a. O. S. 105 ff.

abweichend von der soeben besprochenen gesetzlichen Haftung zu regeln. Das Gesetz hat dies ausgedrückt, „Verkäufer und Unternehmer haften für die zugesicherten Eigenschaften“[1]) d. h. sie haften für das, wofür sie dem Käufer resp. Besteller garantiert haben.[2]) Erst beim Mangel aller Vertragsabreden, tritt die gesetzliche Haftung ein. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß das Vorhandensein von Vertragsabreden die gesetzliche Haftung ausschließt; sie können beide nebeneinander bestehen. Und schließlich kann neben beiden auch noch die Haftung für arglistig verschwiegene Fehler eintreten.

Die Kaufsache resp. das Werk müssen die zugesicherten Eigenschaften haben. Eigenschaften einer Sache sind Merkmale derselben, welche im Verhältnis zu anderen Sachen, vornehmlich im Verhältnis zum Gelde, dem allgemeinsten Wertmesser, ihren Verkehrswert bestimmen. „Zugesicherte Eigenschaften sind Eigenschaften, welche die Sache oder das Werk über die objektive Vertragsbasis erheben“.[3]) Dieselben können darin bestehen, daß die Sache resp. das Werk gewisse Vorzüge haben, die ihren gewöhnlichen Wert steigern, oder daß Mängel, die ihnen für gewöhnlich anhaften, nicht vorhanden sind.

Eine gesetzliche Grenze für die Zusicherung von Eigenschaften gibt es nicht. Ich kann mir, wenn ich mir z. B. einen dressierten Hund kaufe — der auch Kaufsache im Sinne dieses Gesetzes ist — alle möglichen absonderlichen Eigenschaften desselben vom Verkäufer zusichern lassen. Sichert der Verkäufer sie zu, so steht er dafür ein, daß

[1]) Vergl. §§ 459 Abs. 2 und 633 Abs. 1.
[2]) Vergl. Motive II S. 225, die Haftung für zugesicherte Eigenschaften ist ihrer Natur nach nur der Ausfluß eines Garantieversprechens.
[3]) Vergl. Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte S. 283.

sie vorhanden sind; und wenn sie nicht vorhanden sind, so wird sogar meist, sofern nicht die Annahme von dem Vorhandensein derselben auf Fahrlässigkeit des Verkäufers beruht, dolus desselben vorliegen, welcher noch in gesteigertem Maße, wie wir unten sehen werden, seine Haftung begründet.

Andererseits muß sich die Zusicherung auf bestimmte Eigenschaften der Kaufsache resp. des Werks beziehen[1]). Allgemeine Erklärungen, daß die Sache fehlerfrei sei, oder gar marktschreierische Anpreisungen genügen nicht zur Begründung der Haftpflicht[2]) [3]).

Nicht unter die „Haftung für zugesicherte Eigenschaften" und überhaupt nicht — wenigstens beim Kauf — in den Bereich der Gewährleistung wegen Mängel der Sache gehört das Versprechen des Verkäufers, eine bestimmte Eigenschaft herstellen zu wollen. Es ist dies vielmehr als ein Nebenvertrag anzusehen, für dessen Erfüllung der Verkäufer nach den allgemeinen Vertragsvorschriften haftet[4]).

Anders beim Werkvertrag. Hier kann natürlich eine

---

[1]) Vergl. Motive II. S. 225, Fischer-Heule a. a. O. zu § 459 No. 7, Oertmann a. a. O. zu § 459 No. 5, Endemann a. a. O. Bd. I S. 719, Riezler a. a. O. S. 105.

[2]) Vergl. Crome B. G.-B. II S. 457, Matthias a. a. O. Bd. 1, S. 497 D. Z.

[3]) Wegen marktschreierischer Anpreisungen würden Käufer und Besteller gegen den Verkäufer oder Unternehmer evtl. auf Grund des R.-G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes oder der Bestimmungen über den strafrechtlichen Betrug vorgehen können. Vergl. Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 497, Hanauseck a. a. O. I S. 76.

[4]) Vergl. Motive II S. 226: „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann nichts anderes als die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte". Eccius a. a. O. S. 310, Matthiaß a. a. O. I S. 497.

beim Vertragsschluß zugesicherte Eigenschaft nur so verstanden werden, daß sich der Unternehmer verpflichtet, bei dem noch herzustellenden Werk auch die versprochene Eigenschaft herzustellen.

Mehrfach ist in der Wissenschaft die Frage erörtert, ob die Zusicherung von Eigenschaften an die allgemeinen Vertragsformen gebunden sei. Nach der einen Ansicht gilt eine Eigenschaft als zugesichert nur, „wenn der Inhalt des Vertrags, also bei Notwendigkeit formellen Vertragsschlusses, der Inhalt der formellen Vertragsurkunde dahin geht, daß die Eigenschaft zugesichert wird“ [1]).

Andere glauben, daß auch formlose Zusicherungen den Verkäufer und Unternehmer haftbar machen, und begründen dies damit, daß, „die Rücksicht auf Treu und Glauben dafür spreche und daß das Gesetz ohne Unterscheidung von Zusicherungen rede“ [2]).

Daß bei formlosen Verträgen auch die formlose Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft bindend ist, unterliegt keinem Zweifel.

Inwieweit formlose Nebenarbeiten neben freiwillig gewählter Form von Bedeutung sind, ist nur im Einzelfalle zu entscheiden [3]).

Von Bedeutung wird diese Frage erst bei den kraft Gesetzes an eine Form gebundenen Verträgen, deren Hauptanwendungsfall beim Kauf der Grundstücks-

[1]) Vergl. Eccius a. a. O. S. 309, Crome B.G.-B. II S. 457, Stahl a. a. O. S. 15. Endemann a. a. O. I S. 990: „Die Zusicherung ist Vertragsbestandteil, daher auch der allgemeinen Vertragsform bedürftig“.

[2]) Vergl. Dernburg B.G.-B. II 2 S. 51, Oertmann a. a. O. zu § 459 No. 5, Staudinger a. a. O. zu § 459 No. 8. Für das gemeine Recht vergl. Windscheid-Kipp a. a. O. § 393 Seite 2.

[3]) Vergl. Cosack a. a. O. S. 190.

kauf ist. Bei diesem wird es zwar in der Praxis so gehandhabt, daß alle Vertragsabreden, mithin auch die zugesicherten Eigenschaften, in die Vertragsurkunde aufgenommen werden, aber es lassen sich doch ebensogut Fälle denken, in denen jemand außerhalb der Vertragsurkunde Eigenschaften zusichert, die nicht unter die Kategorie der „Erklärungen, daß die Sache fehlerfrei sei", gehören und die deshalb den Versprechenden ebensogut haftbar machen, wie die, welche in die Vertragsurkunde aufgenommen sind und wie die bei formlosen Verträgen.

Eins gilt natürlich für alle drei Kategorien von Verträgen, nämlich: daß die Zusicherung der betreffenden Eigenschaften, um verbindlich zu sein, Bestandteil des Vertrags sein muß. Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht: „zum begrifflichen Wesen der Zusicherung gehört, daß sie als Vertragsinhalt vom Käufer gefordert, vom Verkäufer erteilt ist. Nicht jede einseitige Erklärung des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache bildet schon eine Zusicherung"[1]).

Ob auch die Zusicherung einer bestimmten Größe für eine zugesicherte Eigenschaft gilt, ist für Grundstücke im § 468 ausdrücklich in bejahendem Sinne entschieden. Bei beweglichen Sachen ist es im einzelnen Falle Tatfrage[2]).

Bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen[3]).

Beim Werkvertrage gilt es auch als Mangel einer zugesicherten Eigenschaft, wenn das Werk, entgegen einer dahingehenden Vereinbarung, nicht vom Unternehmer per-

[1]) S. das Recht VIII. Jahrg. (1904) S. 18 No. 29.
[2]) Vergl. Motive II S. 233, Schollmeyer a. a. O. S. 13.
[3]) S. § 494.

sönlich hergestellt ist[1])[2]). Hauptsächlich bei künstlerischen Leistungen kann dem Besteller viel daran gelegen sein, daß das Werk vom Unternehmer persönlich hergestellt werde. Und eben darum erhebt er die persönliche Ausführung zum Vertragsinhalt.

Im übrigen ist es für den Werkvertrag nicht essentiell, daß der Unternehmer das Werk persönlich herstelle[3]). Er kann ebensogut andere Personen mit deren Ausführung betrauen, haftet allerdings für deren Tätigkeit gegenüber dem Besteller[4]).

In allen Fällen, wo eine Eigenschaft zugesichert ist, genügt schon eine unerhebliche Minderung, um Verkäufer und Unternehmer haftbar zu machen[5])[6]).

d. Die Haftung für arglistig verschwiegene Fehler.

Eine gesteigerte Haftung ist für Verkäufer und Unternehmer begründet für den Fall, daß sie einen Mangel arglistig verschwiegen haben[7]).

Einfaches Verschweigen des Mangels, etwa in der Annahme, derselbe sei dem Käufer resp. Besteller bekannt gewesen, oder aus irgend einem anderen Grunde, genügt nicht zur Begründung der Haftpflicht; es muß Arglist

[1]) Vergl. Planck a. a. O. zu § 633, Hachenburg a. a. O. S. 38. Frisch a. a. O. S. 30: A. A.: Riezler a. a. O. S. 34.
[2]) Über die Entreprise vergl. Motive II S. 473. Riezler a. a. O. S. 18, Dernburg B. G.-B. II 2 S. 430.
[3]) Vergl. Motive II S. 473. Riezler a. a. O. S. 34. Engeling a. a. O. S. 16. A. A. Hachenburg a. a. O. S. 38.
[4]) Vergl. Endemann a. a. O. I S. 786. Zager a. a. O. S. 29.
[5]) Vergl. Planck a. a. O. zu § 459, 2 b. Fischer-Heule a. a. O. zu § 459 Nr. 7.
[6]) Im Gegensatz zur gesetzlichen Haftung beim Kauf, wo nur eine erhebliche Minderung in Betracht kommt.
[7]) S. §§ 460, 463, 476 und 637.

dazukommen, d. h. die Absicht, den Käufer resp. Besteller über das Vorhandensein von Mängeln in Unkenntnis zu lassen und ihn dadurch zu täuschen.

Unter Mangel haben wir sowohl einen Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 als auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft § 459 Abs. 2 zu verstehen[1]). Arglistiges Verschweigen eines Mangels umfaßt also

1. Arglistiges Verschweigen eines Fehlers im Sinne des § 459 Absatz I;
2. Arglistiges Verschweigen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, § 459 Abs. 2 d. h. (s. oben S. 28):
   a) arglistiges Zusichern von Vorzügen, die den gewöhnlichen Wert der Sache resp. des Werkes steigern,
   b) arglistiges Verschweigen des Fehlens von Mängeln, welche der Sache resp. dem Werk für gewöhnlich anhaften[2]).

2. Kapitel

Der maßgebende Zeitpunkt.[3]) (Die Gefahrfrage).

a. beim Kauf.

Bei Beantwortung der Frage, wann die von dem Verkäufer zu vertretenden Fehler und Mängel vorhanden

[1]) Vergl. Crome: „Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der Sache". Im Arch. für die civil Praxis Bd. 78 S. 128.
[2]) Vergl. Schiedges a. a. O. S. 8 fg.
[3]) Bei Erörterung dieses und der folgenden Kapitel ist wegen des Unterschiedes in den gesetzlichen Bestimmungen eine Trennung zwischen Kauf und Werkvertrag erforderlich.

sein müssen, hat das bürgerl. Gesetzbuch einen vom römischen und gemeinen Recht durchaus abweichenden Standpunkt eingenommen[1]).

Während diese den fraglichen Zeitpunkt mit dem Abschluß des Kaufvertrags zusammenfallen ließen[2]) — periculum est emtoris — bestimmt das bürgerl. Gesetzbuch, in Übereinstimmung mit dem preußischen allgemeinen Landrecht[3]), in § 459 Abs. 1: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, welche u. s. w.", ferner in Abs. 2: „Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat". Und zwar gilt dies nicht nur für den Species-, sondern auch für den Genuskauf[4]).

Was heißt nun: „Die Gefahr geht auf den Käufer über", oder was dasselbe ist: „Von nun an trägt der Käufer die Gefahr?" Es heißt: Wenn nach dem fraglichen Zeitpunkt die Sache durch Zufall entweder ganz untergeht, oder wenn sie zufällig verschlechtert wird, d. h. wenn Fehler oder Mängel bei ihr hervortreten, die vorher nicht vorhanden waren, und welche ihren Wert mindern, so behält trotzdem der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis.

Der Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr ist also die zeitliche Grenze, bis zu welcher der Verkäufer für die Existenz der Sache und für bereits vorhandene Fehler haftet. Allerdings billigen die Motive[5]) diese Bindung

[1]) Vergl. Schollmeyer a. a. O. S. 14, Hanauseck a. a. O. S. 96.
[2]) Vergl. Hanauseck a. a. O. S. 92.
[3]) Vergl. Leske a. a. O. S. 194.
[4]) S. § 480 Abs. 2.
[5]) II S. 226.

der Haftung an den Zeitpunkt des Gefahrübergangs lediglich „aus Zweckmäßigkeitsgründen, da sie zur Vereinfachung des Rechts und zur Abschneidung chikanöser und verwickelter Prozesse diene". Doch ist die Abweichung vom römischen und gemeinen Recht mit Freuden zu begrüßen, denn zu welchen Unzuträglichkeiten deren Bestimmungen führen können, zeigt der Fall, daß wenn eine Kaufsache zwischen dem Kaufabschluß und der Übergabe zufällig untergeht, der Käufer nach römischem und gemeinem Recht trotzdem den Kaufpreis zahlen muß, denn die Gefahr ist mit Abschluß des Kaufvertrags auf ihn übergegangen.

Hiervon entbindet ihn jedoch nach dem B. G.-B. — abgesehen von der speciell für den Kauf aufgestellten Vorschrift des § 446 Abs. 1 — schon die für alle gegenseitigen Verträge aufgestellte Regel des § 323 Absatz 1: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung".

Indessen ist der Übergang der Gefahr kein realer, äußerlich wahrnehmbarer Vorgang, wie etwa der Abschluß des Kaufvertrags. Es war deshalb erforderlich, für den Fall, daß die Parteien bei Abschluß des Kaufvertrags keine auf diesen Vorgang hindeutende Vereinbarung getroffen hatten, gesetzlich einen Zeitpunkt resp. eine bestimmte Lage des Kaufs festzusetzen, an welcher die Gefahr übergehen sollte. Daher bestimmt § 446 Abs. 1: „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über".

Dies gilt ohne Ausnahme für bewegliche Sachen

wie für Grundstücke. Für letztere wurde jedoch in Abs. 2 die Besonderheit hinzugefügt: „Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen — d. h. des Abs. 1 — mit der Eintragung ein.

Oertmann[1]) leitet hieraus das Prinzip ab: „Grundsätzlich ist der Moment der Rechtsverschaffung für den Übergang der Gefahr entscheidend, und nur da, wo ihr die Übergabe vorausgeht, hat man diese aus billiger Rücksicht auf die Interessen des Verkäufers gewählt"[2]).

Nur in Kürze sei auf den Streit hingewiesen, der bezüglich des Begriffs „Übergabe" besteht. Wörtlich ausgelegt bedeutet Übergabe den tatsächlichen Akt der Besitzübertragung von Seiten des Verkäufers an den Käufer. Der Streit setzt ein bei der Frage, ob auch constitutum prosessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs der Übergabe gleich zu achten sind.

Diese Frage ist m. E. zu verneinen[3]) denn zweifellos ist doch wohl ein Grund dafür, daß man den Übergang der Gefahr an die Übergabe der verkauften Sache knüpfte, darin zu suchen, daß durch die Übergabe der Käufer in den Stand gesetzt werden sollte, von nun an über die Sache zu verfügen, insbesondere, daß er nun die Möglichkeit haben sollte, die Sache evtl. auf Mängel hin zu untersuchen und sich seine Rechte wegen etwa vorhandener Mängel zu wahren. Hierzu ist er aber, wenn die Sache durch constitutum possessorium oder Abtre-

[1]) a. a. O. zu § 446.
[2]) A. A. Staudinger a. a. O zu § 446.
[3]) Vers. A. Planck a. a. O. zu §§ 446 und 577, Emerich a. a. O. S. 35. Aschheim a. a. O. S. 63. A. A. Crome B. G.-B. Bd. II S. 474, Cosack a. a. O. S. 441.

tung des Herausgabeanspruchs auf ihn übergeht, in vielen Fällen nicht im Stande.

Die Übergabe der Sache ist also im allgemeinen für das Vorhandensein der Mängel und der sich daraus ergebenden Ansprüche des Käufers maßgebend. Zwei Ausnahmen gibt es indes, wo das bürgerliche Gesetzbuch dem römischen und gemeinen Recht gefolgt ist und den Abschluß des Kaufs als maßgebenden Zeitpunkt bestimmt hat:

1. „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufs" eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen". § 463 Satz 1.
2. „Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat". § 463 Satz 2.

Dies gilt indessen auch wiederum nur beim Specieskauf; beim Gattungskauf ist nach § 480 Abs. 2 wie bisher der Übergang der Gefahr, also die Übergabe der Sache maßgebender Zeitpunkt.

Doch steht es, wie bei den meisten Vorschriften über den Kauf, so auch hier im Belieben der Parteien, die Frage nach dem Gefahrübergang abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu regeln.

In einigen Spezialfällen hat das Gesetz eine vom allgemeinen Gefahrübergang abweichende Regelung getroffen, doch beschränken wir uns darauf, auf die hierfür einschlägigen Gesetzesstellen zu verweisen: S. den Versendungskauf § 447, den suspensiv bedingten Kauf §§ 495 und 158 Abs. 1, den alternativen Kauf § 263 Abs. 2, den Erbschaftskauf § 2380.

Es handelt sich in allen diesen Fällen um „zufälligen" Untergang und um „zufällige" Verschlechterung. Zufall

ist nach § 323 ein Umstand, den weder die eine noch die andere Partei zu vertreten hat[1]). Hat eine Partei den Untergang oder die Verschlechterung zu vertreten, so treten die gewöhnlichen Folgen der §§ 324, 325 ein.

b. beim Werkvertrag.

Beim Werkvertrag fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung, welche den kritischen Zeitpunkt, an dem die Mängel vorhanden sein müssen, entsprechend dem des § 459 festsetzt. Aber er resultiert aus dem ersten Satz des § 644: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werks". Er trägt die Gefahr, d. h. er steht für zufälligen Untergang und für zufällige Verschlechterung des Werks ein.

Die Abnahme ist also der späteste Zeitpunkt, an welchem die Mängel vorhanden, wenn auch noch nicht hervorgetreten sein müssen, um den Unternehmer haftbar zu machen.

Bei nicht abnahmefähigen Werken tritt nach ausdrücklicher Bestimmung des § 645 die Vollendung des Werks an Stelle der Abnahme.

Wenn wir nun im einzelnen Falle bei Vorhandensein von Mängeln fragen: „Wer trägt die Gefahr", so müssen wir bei Beantwortung dieser Frage streng unterscheiden zwischen zufälliger Verschlechterung „des Werks", für welche, wie wir oben gesehen haben, der Unternehmer haftet, und zufälliger Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes, die nach § 644 Abs. 1 S. 3 und nach der Regel „casum sentit dominus" den Besteller trifft.

In Praxis wird es in vielen Fällen schwer zu ent-

[1]) Über nähere Ausführungen über den Begriff „Zufall" siehe Bredt a. a. O. S. 8 ff. Böninger a. a. O. S. 12 ff.

scheiden sein, ob eine während der Herstellung des Werks eingetretene zufällige Verschlechterung in erster Linie den Stoff oder bereits das Werk getroffen hat, ob also der Besteller die Gefahr trägt oder der Unternehmer. Nehmen wir z. B. an, es übergibt jemand einem Bildhauer einen rohen Marmorblock, um daraus eine Statue anfertigen zu lassen und der Block wird, während die Statue halb fertig ist, durch Zufall derart beschädigt, daß er zur Vollendung der bestellten Statue unbrauchbar ist. Wer trägt die Gefahr, falls die Parteien für derartige Fälle keine ausdrücklichen Vereinbarungen getroffen haben?

Die Entscheidung, welche Oertmann [1]) in dieser Hinsicht getroffen hat, führt m. E. zu keiner vollkommenen Lösung der Frage. Nach ihm soll der die Gefahr tragen, in dessen Sphäre der Zufall eintrat oder seinen Grund hatte.[2]) Traf er allein oder doch primär die Leistung des Werkmeisters, so hat dieser nichts mehr zu fordern; machte er nur, oder doch zunächst nur die Annahme unmöglich, so muß der locator dessenungeachtet dennoch die merces zahlen." Oertmann begründet seine Ansicht, indem er sagt: „Wenn schon einer den Schaden zu tragen hat, so muß es eben normalerweise auch der sein, den das Schicksal gewissermaßen zum Opfer ausersehen hat." Wie schwer, ja oft überhaupt nicht, wird, wie wir an obigem Beispiel sehen können, zu entscheiden sein, in wessen Sphäre der Zufall eintrat oder seinen Grund hatte. Denn wenn wir annehmen, daß jede zufällige Verschlechterung des schon zum Teil bearbeiteten Marmorblocks im Atelier des Bildhauers in dessen Sphäre gehört, so würde auch jede zufällige Verschlechterung des rohen

[1]) In Grünhuts Zeitschrift S. 48.
[2]) Nach Oertmann Riezler a. a. O. S. 143.

Marmorblocks, sofern sich derselbe schon im Atelier befindet, aber noch nicht in Bearbeitung genommen ist, in die Sphäre des Unternehmers gehören und ihn dafür haftbar machen, obwohl dies der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes widerspricht, denn „für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des „gelieferten" Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich". (V. 644. Abs. 1 S. 3.) Nach Oertmann ist der Ort und die Art des Zufalles entscheidend für die Gefahrtragung, während nach der herrschenden Ansicht der Zeitpunkt desselben entscheidend ist.[1])

Auch Crome[2]) sagt mit Bezug auf die Oertmann'sche Sphärentheorie:

„Die Schwierigkeit liegt darin, die Sphären in der Praxis zu bestimmen, da es eben Ereignisse gibt, von denen sich nicht schlechthin sagen läßt, welcher von beiden Sphären sie angehören. Selbst Oertmann sind bei einer strengen Durchführung dieser seiner Lehre Bedenken aufgestiegen, indem er in der Erörterung, welche er an ein Beispiel knüpft, S. 51 a. a. O. ausführt: „Wer das verneint — sc. daß das Ereignis mit mehr Berechtigung der Sphäre des locators beizuzählen sei — muß außer den beiden Betriebskreisen noch eine dritte, neutrale Sphäre anerkennen, in der namentlich die Fälle der höheren Gewalt ihren Platz zu finden hätten. Zweifellos muß hier der Besteller aufkommen."

Dies bedeutet aber m. E. eine gewaltige Durchbrechung der ursprünglichen Sphärentheorie. Denn gerade die Fälle dieser sogen. neutralen Sphäre sind es, bei welchen der Streit einsetzt, ob sie der Besteller oder der Unter-

[1]) Vergl. hierüber Böninger a. a. O. S. 20 ff.
[2]) Die Partiarischen Rechtsgeschäfte S. 319 ff.

nehmer zu vertreten hat. Und alle diese Fälle ohne weiteres dem Besteller zur Last zu legen, ist doch wohl nicht angängig.

M. E. würde sich ein annehmbares Resultat ergeben haben, wenn der Gesetzgeber dem ersten Satz von § 644 Abs. 1 einen Zusatz im Sinne der von Oertmann vertretenen Sphärentheorie hinzugefügt hätte, der allerdings eine Ausnahme von § 644 Abs. 1 S. 3 zu Ungunsten des Unternehmers gewesen wäre.

Wie beim Kauf die Frage nach der Gefahr in die Frage ausläuft: „Wieweit oder wann hat der Käufer, wenn die Sache durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird, den Kaufpreis zu zahlen?“ so gestaltet sich die entsprechende Frage beim Werkvertrag: „Wie weit hat der Besteller die Vergütung zu zahlen, wenn das Werk durch Zufall untergegangen oder verschlechtert ist?“

Wir müssen unterscheiden[1])

1. den Untergang[2]) oder die Verschlechterung des bereits vollendeten Werks und
2. die Unmöglichkeit der Herstellung desselben.

Bezüglich der ersten Frage sagt § 644: „der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme[3]) des Werks.“ Es hat durch diese Bestimmung, wie die Motive sagen,[4]) zum Ausdruck gebracht werden sollen „daß bei dem Werk-

[1]) Vergl. Oertmann B. G.-B. zu § 644, Staudinger a. a. O. zu § 644, Riezler a. a. O. S. 145.

[2]) Wir reden hier schlechthin von Untergang und Verschlechterung im Sinne von zufälligem Untergang und zufälliger Verschlechterung. Sind Untergang und Verschlechterung von einer Partei zu vertreten, so greifen, wie schon oben erwähnt, die allgemeinen Vorschriften der § § 324, 325 Platz.

[3]) Auf den Begriff der Abnahme kommen wir weiter unten zu sprechen.

[4]) S. 498, 471.

vertrage die Vergütung nicht für die Arbeit als solche, sondern für die Herstellung eines Arbeitsproduktes versprochen werde, da Gegenstand des Werkvertrages das Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit sei und außerdem der Unternehmer vorleistungspflichtig sei". Geht das Werk also vor der Abnahme unter oder wird es verschlechtert, so verliert der Unternehmer den Anspruch auf die Vergütung.

Er ist indessen nicht etwa nun verpflichtet, dem Besteller den Stoff zu ersetzen, denn casum sentit dominus. Zu allem Überfluß hat dies das B. G.-B. noch in § 644 Abs. 1 S. 3 bestimmt, allerdings nur, wie die Motive [1]) erklären, „zur Vermeidung eines nicht fernliegenden Mißverständnisses", wegen des vorhergehenden (§ 644 Abs. 1 S. 1) Grundsatzes (der Unternehmer trägt die Gefahr). Auch auf sonstiges Interesse hat der Besteller keinen Anspruch. Mit der Abnahme geht also die Gefahr auf den Besteller über, d. h. geht das Werk nun unter oder wird es verschlechtert, so behält trotzdem der Unternehmer den Anspruch auf die ganze Vergütung.

Die Bestimmung des § 646 greift auch hier Platz: „Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes."

Zur Beantwortung des zweiten Punktes müßten wir, da diese Frage nicht unter den Bestimmungen über den Werkvertrag geregelt ist, auf die allgemeinen Regeln über die unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung zurückprüfen. Wir beschränken uns indes darauf, die betr. Gesetzesstellen zu citieren. S. § 275 und 233 [2]) der

[1]) S. 498.

[2]) Im übrigen verweisen wir auf die eingehende Behandlung dieser Materie bei Schernowsky a. a. O. 32 ff.

Unternehmer verliert den Anspruch auf die Vergütung. Dies gilt m. E. auch bei teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung obwohl man gemäß § 323 Abs. 1 „bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473", auch annehmen kann, daß sich in diesem Falle die Vergütung „pro rata" mindere, wie es Oertmann [1]) auch tatsächlich annimmt. [2]) Indes würde dies dem Wesen des Werkvertrages widersprechen, bei welchem, wie schon oben gesagt, die Vergütung nicht für die Arbeit als solche sondern für die Herstellung eines Arbeitsproduktes versprochen wird. Nach den Motiven [3]) soll sogar dann der Unternehmer keinen Anspruch auf Vergütung haben, wenn die unverschuldete Unmöglichkeit in der Person des Bestellers ihren Grund hat: Und zwar begründen die Motive diesen Standpunkt damit, „nach den allgemeinen Bestimmungen könne die durch den Zufall in der Person des Bestellers herbeigeführte Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes die Eigenschaft der objektiven Unmöglichkeit dadurch nicht verlieren, daß der Zufall zunächst die Person des Bestellers getroffen habe."

In einigen Fällen [4]) geht schon vor der Abnahme die Gefahr auf den Besteller über u. zw.

1. „wenn der Besteller in Annahme-Verzug kommt" § 644 Abs. 1 S. 2.

---

[1]) In Grünhuts Zeitschrift S. 68.

[2]) Riezler a. a. O. S. 148 meint, diese Bestimmung werde nur in den seltensten Fällen, wenn das opus selbst ein teilbares sei, Anwendung finden können.

[3]) S. 495.

[4]) Wir beschränken uns auf eine kurze Wiedergabe dieser Fälle und verweisen im einzelnen auf die zutreffenden diesbezüglichen Erörterungen bei Schmidt a. a. O. S. 57 ff.

2. wenn bei Verschiedenheit des Erfüllungs- und Bestimmungsortes „der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet" § 644 Abs. 2 und
3. „wenn das Werk vor der Abnahme in Folge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat" § 645 Abs. 1.[1])

Im ersten Falle geht die Gefahr im Augenblick der Begründung des Aufnahmeverzugs auf den Besteller über, einerlei ob der Annahme-Verzug durch Verschulden des Bestellers oder durch Zufall herbeigeführt ist; im zweiten, wenn der Unternehmer das Werk dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.[2])

Diese von den Motiven[3]) nicht gebilligte Ausdehnung der Kaufvorschriften auf den Werkvertrag wird in den Protokollen[4]) damit begründet, daß die Hauptverbindlichkeit des Unternehmers mit der Vollendung des Werks am Erfüllungsort beendet sei, daß der Transport an den Bestimmungsort, wenn er vom Schuldner veranlaßt werde, nicht als eine Erweiterung des Inhalts der Hauptver-

[1]) Planck a. a. O. zu § 644 faßt den ersten und dritten Fall dahin zusammen, „wenn der Besteller ohne subjektives Verschulden objektiv den Schaden verursacht hat."
[2]) Vergl. § 447, Abs. 1.
[3]) S. 499.
[4]) S. 2245 ff.

bindlichkeit zu betrachten sei, sondern vom Schuldner nur wie von einem Beauftragten veranlaßt werde; daß er im übrigem aber Angelegenheit des Gläubigers sei. Daher müsse die Gefahr während dts Transportes den Besteller treffen, weil der Unternehmer sie in weiterem Umfange, als er sie nach dem Werksvertrag zu tragen habe, nicht übernommen habe.

Unberührt bleiben durch diese Bestimmung des § 644 Abs. 2 falls das Werk auf dem Transport untergeht, natürlich die Regeln über die Haftung wegen zur Zeit der Übergabe des Werks an den Spediteur 2c. vorhandener Fehler. Pflicht des Unternehmers ist es, wenn der Besteller in einem solchen Falle Ansprüche erhebt, zu beweisen, daß das Werk zu der fraglichen Zeit vertragsmäßig war.[1])

Im dritten Falle trägt der Besteller schon vor der Abnahme — soweit man von einer solchen mangels Untergangs oder Unausführbarkeit des Werks reden kann — insofern die Gefahr, als er unter den Voraussetzungen des § 645 Abs. 1 dem Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen leisten muß.[2]) § 645 Abs. 2 bestimmt weiter: „Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt."

3. Kapitel

Welche Ansprüche ergeben sich aus dem Vorhandensein von Mängeln.

a. Für den Käufer.

1. Uebersicht.

Wenn bei Erfüllung eines Kaufvertrages der Verkäufer seinen Verpflichtungen, seien es gesetzliche, seien

[1]) Vers. Anf. Oertmann, Kommentar zu § 644. [2]) S. § 645, Abs. 1.

es vertragliche, nicht nachkommt, wenn die Kaufsache also Mängel aufweist, stehen dem Käufer folgende Rechtsmittel zu Gebote:

Er kann 1. „wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen." § 462.

Wandelung und Minderung stehen dem Käufer nach freier Wahl zu Gebote, d. h. er kann bis zum Ablauf der Verjährungsfrist den einen oder den anderen Anspruch geltend machen.

Dieses in variandi wird erst durch den Vollzug des einen Anspruchs ausgeschlossen,[1]) dadurch daß sich der Verkäufer mit dem, was der Käufer verlangt, einverstanden erklärt[2]) resp. mit der Rechtskraft des Urteils, welches die vom Verkäufer verweigerte Einwilligungserklärung ersetzt.[3])

Bis zum Ablauf der Verjährung hat also der Käufer das oben erörterte Wahlrecht. Es wäre indes eine ungerechte Härte gegen den Verkäufer, wollte man ihn, wenn der Käufer einen Mangel der Ware behauptet und sich so für jeden Fall die Geltendmachung seiner Ansprüche gesichert hat, bis zum Ablauf der Verjährung im Ungewissen lassen, ob der Käufer Wandelung oder Minderung, ob er, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Lieferung

[1]) Vergl. Planck a. a. O. zu § 456, Dernburg, B. G.-B. II 2 S. 57.

[2]) Vergl. Crome, B. G.-B. Bd. 2 S. 462 Note 32 „mit dem Eingang der Antwort beim Käufer".

[3]) Oertmann, B. G.-B. zu § 465, Kuhlenbeck a. a. O. S. 295 Stratmann a. a. O. S. 22.

einer mangelfreien Sache verlange. Deshalb gestattet ihm das Gesetz in diesem Falle, „dem Käufer, unter Erbieten der Wandelung eine angemessene Frist zur Erklärung darüber zu bestimmen, ob er Wandelung verlangt". § 466. Nach Ablauf dieser Frist ist die Wandelung ausgeschlossen. Natürlich stehen dem Käufer die anderen Rechtsmittel uneingeschränkt zu Gebote.

In gewissen Fällen steht dem Käufer statt dieser Ansprüche das Recht zu, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, „wenn nämlich der verkauften Sache zur Zeit des Kaufabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Käufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. § 463.

Außer Wandelung und Minderung hat der Käufer beim Kauf einer Gattungssache nach seiner Wahl noch das Recht, „Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen." § 480 Abs. 1.

Alle diese Ansprüche wollen wir im folgenden einzeln näher betrachten und zum Schluß sehen, ob der Verkäufer unter Umständen das Recht hat, einen Mangel zu beseitigen.

Ob und inwieweit dem Käufer eventuell auch die aus den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung sich ergebenden Schutzmittel zu Gebote stehen, soll hier nicht untersucht werden, da uns diese Frage zu weit führen würde.

2. Die einzelnen Ansprüche.

a. Die Wandelung.

Während man im gemeinen Recht unter Wandelung die tatsächliche Rückgewähr der von Käufer und Verkäufer in Erfüllung des Kaufvertrags gemachten Leistungen

verstand, hat sich mit dem B. G.-B. eine neue Theorie Bahn gebrochen und ist zur weitaus herrschenden gegenüber der gemeinrechtlichen geworden, die sogen. Vertragstheorie.

Die Anhänger der Vertragstheorie,[1]) zu welcher sich auch der Verfasser bekennt, behaupten, die Wandelung d. i. Rückgängigmachung des Kaufs, kommt zu Stande durch einen Vertrag zwischen dem Käufer und dem Verkäufer, welcher lediglich die Aufhebung des Kaufvertrags zum Inhalt hat. Erst auf Grund dieses Wandelungsvertrags kann der Käufer gemäß § 467 Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache verlangen.

Gegenüber dieser Theorie hat sich allmählich eine Anzahl Schriftsteller gefunden — an deren Spitze Eccius steht — welche sich wieder auf den Boden der gemeinrechtlichen Theorie stellen.[2])

Wenn auch die Anhänger dieser gemeinrechtlichen Theorie im allgemeinen nicht leugnen können und wollen, daß eine Auslegung des Gesetzes im Sinne der Vertragstheorie möglich ist, so glauben sie jedoch, „es bleibe auch möglich, den Text des B. G.-B. im wesentlichen im Sinne

[1]) Crome, Dernburg, Flechtheim, Kaulbach, Kuhlenbeck, Oertmann, Neumann, Planck, Staudinger, Schollmeyer, Windscheid-Kipp, Leistner, Schollmeyer a. a. O. S. 16 sagt: „Die Vollziehung der Wandelung ist also nichts anderes, als das beiderseitige Einverständnis von Käufer und Verkäufer darüber, daß gewandelt werden soll." Crome B. G.-B. S. 459 „ein vertragsmäßiges Zusammenwirken der Parteien." Dernburg B. G.-B. II 2 S. 58 ff erkennt sie zwar auch an, scheint sie aber als ein notwendiges Übel aufzufassen, wenn er am Schlusse seiner Begründung sagt: „Es wird nichts übrig bleiben, als die gesetzliche Konstruktion eines Wandelungsvertrags anzuerkennen, aber alle Folgen daraus abzulehnen, welche ungesund und unpraktisch sind."

[2]) Eccius, Endemann, Fischer-Heule, Matthiaß, Mensing, Ehrlich, Steinitz, Haymann.

der alten actio redhibitoria zu interpretieren“[1]). Und gerade wegen der Möglichkeit einer derartigen Interpretation einerseits und wegen mancher praktisch unangenehmer Folgen der Vertragstheorie andererseits glauben sie diese letztere ablehnen zu müssen.

Wir wollen in Folgendem die gegen die Vertragstheorie erhobenen Einwendungen erörtern und im Anschluß daran unsere Ansicht aus dem Gesetz zu begründen versuchen.

Gemäß § 462 kann der Käufer wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Dieser Paragraph, und zwar das Wort „Rückgängigmachung“ ist der erste der vielen Angriffspunkte gegen die Vertragstheorie, indem die Gegner derselben behaupten: Rückgängigmachung bedeute „keineswegs vertragsweise Aufhebung des Kaufs, sondern das römische redhibere, die unmittelbare Rückgängigmachung der Vertragswirkungen[2]).

M. E. kann aus dem Wort „Rückgängigmachung“ an sich noch nichts für die gemeinrechtliche Theorie geschlossen werden. Man kann dasselbe ebensogut im Sinne der Vertragstheorie als Aufhebung des Kaufvertrags ver-

[1]) Eccius a. a. O. S. 325.

[2]) Vergl. Haymann a. a. O. S. 537, 538. Vers. Ansicht: Eccius a. a. O. S. 319: „Gerade die Wahl des Wortes Rückgängigmachung an Stelle des Ausdrucks Aufhebung deutet darauf hin, daß nach dem Inhalte des Wandelungsrechts dasjenige rückgängig gemacht werden soll, was auf Grund des Kaufs geleistet ist“. Auch Matthiaß D. J. Z. S. 205 unterscheidet zwischen „Aufhebung“ und „Rückgängigmachung“.

stehen. Und wenn man nicht das Wort „Rückgängigmachung" allein herausgreift, sondern den ganzen Ausdruck betrachtet, den das bürgerliche Gesetzbuch als Definition von Wandelung gebraucht „Rückgängigmachung des Kaufs", so kann man hierunter nur Aufhebung des Kaufvertrags verstehen[1])

Ein viel durchschlagenderes Angriffsmittel glauben die Anhänger der gemeinrechtlichen Theorie in dem § 465 zu haben, aus welchem auch die Anhänger der Vertragstheorie hauptsächlich ihre Lehre ableiten:

„Die Wandelung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt".

Könnte die Wandelung nur durch einen Vertrag vollzogen werden, so wenden die Gegner ein, dann würde man dem § 465 folgende Fassung gegeben haben: „Die Wandelung *wird dadurch vollzogen*, daß sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt". Durch die Fassung „ist vollzogen" werde nur die zeitliche Grenze für das ius variandi des Käufers zwischen Wandelung und Minderung bestimmt[2]). Und „aus dem Gebrauch des eine Bedingung, oder hier vielleicht nur einen Zeitpunkt andeutenden „wenn" gehe hervor, daß nicht das Wesen der Wandelung an einen Vertrag geknüpft sei, daß vielmehr nur zum Ausdruck gebracht werden solle, daß die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne. Es sei zwar eigentlich trivial und selbstverständlich, daß ein den Kauf aufhebender Vertrag die Sache endgültig regele,

[1]) Vers. Anf. Kaulbach a. a. O. S. 6.
[2]) So Eccius a. a. O. S. 324/325. Haymann a. a. O. S. 533, 543.

aber die zweite Kommission habe damit auch nur klarstellen wollen, daß das Wahlrecht des Käufers frühestens durch einen Vertragsschluß beseitigt werde“ [1]).

Diese Gesetzesauslegung führt Eccius dazu, anzunehmen, daß das Wesen der Wandelung durch § 467 bestimmt werde und danach ein den Käufer zustehendes, einseitig erzwingbares Recht sei.[2])

Indes ist mehrfach [3]) mit Recht, darauf hingewiesen, daß schon die äußere Anordnung des Gesetzes darauf hindeute, daß der Vollzug der Wandelung durch § 465 und erst auf Grund des Wandelungsvollzuges die Durchführung derselben durch § 467 bestimmt werde.

Aber hat denn der Gesetzgeber mit dem § 465 nur einen Zeitpunkt bestimmen wollen, von dem an der Käufer an die Wahl der Wandelung resp. Minderung gebunden sein soll? M. E. nicht, denn das hätte er ohne technische Schwierigkeiten klarer zum Ausdruck bringen können, indem er gesagt hätte: Die Wahl zwischen Wandelung und Minderung ist vollzogen [4]). Durch die jetzige Fassung des § 465 hat er zweierlei zum Ausdruck gebracht, und zwar:

1. das, was die Gegner der Vertragstheorie allein hineinlegen wollen, die Begrenzung der Wahl des Käufers zwischen Wandelung und Minderung, und
2. das Wesen der Wandelung als eines Vertrags.

Ein Vertrag besteht aus übereinstimmenden Willenserklärungen zweier oder mehrerer Parteien, gerichtet auf

---

[1]) Eccius a. a. O.
[2]) Eccius a. a. O. S. 316 ff. Im Anschluß an Eccius: Steinitz a. a. O. S. 38 ff.
[3]) Kaulbach a. a. O. S. 8. Stratmann a. a. O. S. 26. Mensing a. a. O. S. 10.
[4]) S. Kaulbach a. a. O. S. 10.

einen rechtlichen Erfolg. Antrag dieses Wandelungsvertrags ist das an den Verkäufer gerichtete Verlangen des Käufers, mit der Wandelung einverstanden zu sein; Annahme derselben ist die Einwilligungserklärung des Verkäufers.

Auch die Protokolle [1]) die bei einer Streitfrage doch in erster Linie maßgebend sind für das was der Gesetzgeber in das Gesetz hat hineinlegen wollen, sprechen sich a. a. O. im Sinne der Vertragstheorie aus. „Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtigt, die Aufhebung des Kaufs durch einen hierauf gerichteten Vertrag vom Verkäufer zu verlangen. Weigert sich der Verkäufer, einen solchen einzugehen, so könne er darauf verklagt werden. Als Folge der Aufhebung des Kaufs ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern und, falls er bereits gezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern".

Auf einen derartigen Vertrag finden natürlich die gewöhnlichen Regeln des Vertrags nur entsprechende, d. h. nur insoweit Anwendung, als dieselben den Bestimmungen über die Wandelung nicht wiedersprechen.

So kann z. B. der Käufer entgegen dem § 145 wenn er einmal den Antrag auf Wandelung gestellt hat, denselben jederzeit bis zum Vollzuge der Wandelung in den auf Minderung ändern [2]).

Aber auch aus den im § 467 auf die Wandelung für anwendbar erklärten Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geht m. E. deutlich hervor,

[1]) II. S. 1362.

[2]) Vers. A. Matthiaß D. J. Z. S. 206. Dernburg B. G.-B. II 2 S. 59. A. Endemann a. a. O. I S. 993, Goudefroy a. a. O. S. 40.

daß der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen dem Vollzuge und der Durchführung der Wandelung macht, wie er es auch mit klaren Worten in den betr. Bestimmungen über den Rücktritt tut.

So sagt er im § 346 . . Die Parteien sind, „wenn der Rücktritt erfolgt", verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren; und ferner im § 348: „Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen". Und gerade, daß unter den im § 867 citierten §§ über das Rücktrittsrecht der § 349 fehlt, in welchem es heißt: „Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil", beweist m. E., daß die Wandelung analog nicht auch schon durch die einseitige Erklärung des Käufers an den Verkäufer: „ich wandele", sondern erst durch die Zustimmung des Verkäufers, also durch einen Vertrag zu Stande kommt.

Schließlich scheint mir auch die Entstehungsgeschichte der bisher erörterten Paragraphen unzweideutig auf die Vertragsnatur der Wandelung hinzuweisen.

Der § 383 des ersten Entwurfs, welcher dem jetzigen § 462 entspricht, lautete: „Ist die Haftung nach den §§ 381, 382 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen: entweder, daß der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung), oder daß die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung).

Nach dem § 384 ersten Entwurfs sollten auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und der Minderung die Vorschriften der §§ 208 und 209 Satz 1 entsprechende Anwendung finden. In diesem Paragraphen war die Alternativobligation geregelt und bestimmt, daß die Wahl zwischen Wandlung und Minderung durch eine

einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Wahlberechtigten unwiderruflich vollzogen sein sollte. In der zweiten Kommission wurde sodann dem § 384 folgende Fassung gegeben: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer dem Verkäufer erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich". Aber auch gegen diese Fassung wurden Einwendungen erhoben[1]). Wenn man davon ausgehe, daß dem Käufer mit der Wandelung ein Recht gegeben sei, von dem Verkäufer den Abschluß eines Vertrages zu verlangen, so sei es nicht ersichtlich, weshalb der Käufer auch dann an seine Erklärung gebunden sein solle, wenn der Verkäufer die gestellte Offerte abgelehnt habe.

Die Vertreter dieser Einwendungen wollten also das ius variandi des Käufers zwischen Wandelung und Minderung erst mit Abschluß des entsprechenden Vertrages beseitigt wissen, verlangten Streichung des fraglichen Paragraphen und folgende Fassung des § 384:[2]) „Das Recht des Käufers, statt der verlangten Wandelung die Minderung oder statt dieser die Wandelung zu verlangen oder statt der verlangten Wandelung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich mit der Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat."

Aber auch in dieser Fassung hat man den Paragraphen noch nicht angenommen. Erst aus den darauf folgenden Antrag, der in ausführlicher Weise den Sinn des § 465 vollkommen wiedergiebt, ist dieser letztere Paragraph hervorgegangen. Dieser letzte Antrag lautete: „Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß

[1]) S. Protokoll S. 685.
[2]) Protokolle S. 699.

der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist." [1])

Diesen Antrag hat man in den Protokollen[2]) folgendermaßen begründet: „Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zu Grunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung und entsprechend das auf Minderung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrags verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers."

Diese Entwickelungsgeschichte und die Begründung des letzten Antrags in den Protokollen hinterlassen m. E. keinen Zweifel mehr, daß der Gesetzgeber systematisch die ursprüngliche Absicht, nur das Wahlrecht in dem fraglichen Paragraphen zu bestimmen, beseitigt hat, um dieses im § 465 durch das Mittel der Wandelung als eines Vertrags zu regeln.[3])

Und wenn Haymann[4]) sagt: „Aus der Zusammenstellung der Wandelungsparagraphen des ersten Entwurfs ergebe sich für jeden Unbefangenen, daß dieser jedenfalls das Recht der Wandelung nicht im Sinne der Vertragstheorie ausgestaltet habe", so ist ihm nur zu erwiedern, daß sich die zweite Kommission in einem bewußten Gegensatz zum ersten Entwurf gesetzt hat.

[1]) Protokolle S. 708.
[2]) Protokolle S. 710.
[3]) S. Kaulbach a. a. O. S. 21.
[4]) a. a. O. S. 531.

Von Gegnern der Vertragstheorie wird des weiteren geltend gemacht, dieselbe führe zu dem praktisch sehr bedenklichen Ergebnis, daß, falls ein außergerichtlicher Abschluß des Wandelungsvertrages nicht zustande komme, zwei Klagen erforderlich würden:

1. die Klage auf Abschluß des Wandelungsvertrages (Wandelungsklage) und
2. die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises und Zurücknahme der mangelhaften Sache (Leistungsklage).

Eine Verbindung dieser Klagen, so führen sie aus, sei nicht möglich, denn der Anspruch auf Rückleistung sei erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des auf die Wandelungsklage ergangenen Urteils entstanden, könne also auch nicht vor diesem Zeitpunkte geltend gemacht werden, man könne nicht aus einem Vertrage, der noch gar nicht abgeschlossen sei, auf seine Erfüllung klagen. In der Verbindung der Klagen würde eine bestimmte Anstellung der Leistungsklage liegen — bedingt durch den Erfolg der Wandelungsklage — eine solche aber sei der Zivilprozeßordnung unbekannt.[1])

Daß nach der Vertragstheorie zwei Klagbitten erforderlich sind, ist nicht zu bestreiten. Unrichtig ist aber m. E. daß die Verbindung beider zu einer Klage unmöglich sei. Der Unterschied zwischen den Fällen, in denen jemand zu einem Vertragsabschlusse nicht verpflichtet ist, und denen, wo eine solche gesetzliche oder vertragsmäßige Verpflichtung besteht, wird von den Gegnern doch zu gering eingeschätzt. Die Rückleistungspflicht des Verkäufers besteht allerdings erst vom Augenblick des Ab-

[1]) Vergl. Eccius a. a. O. S. 318 ff, Matthiaß D. J.-Z. VII, S. 206.

schlusses des Wandelungsvertrages an; bis dahin besteht aber bereits von dem Augenblick der Wandelungsofferte an seine Pflicht, diesen Wandelungsvertrag abzuschließen, die als ihre gesetzliche Konsequenz die Rückgewährspflicht in sich schließt. Es besteht mithin, wie Kaulbach[1]) richtig ausführt, bereits der „Grund des Grundes" für den Leistungsanspruch, die gesetzliche Verpflichtung zur Wandlung als zwingender Grund des Abschlusses des Wandlungsvertrages, mit dem die Leistungspflicht auf Grund der Wandlung steht und fällt. Dieser notwendige Zusammenhang dürfte m. E. die Berechtigung gleichzeitiger Erhebung der beiden Klagbitten sowohl wie Erledigung derselben in einem Urteil begründen. Der weitere Einwand von Matthiaß[2]) der Käufer könne zur gleichzeitigen Erhebung der beiden Klagen nicht gezwungen werden, ist sachlich zwar zugegeben. Aber durchgreifende Bedeutung kann ihm nicht beigemessen werden, da die Zivilprozeßordnung überhaupt kein Mittel in die Hand gibt, um jemanden zur Erhebung oder Verbindung vom Klagen zu zwingen, außer dem Rechte des Gerichts aus § 147 Z.-P.-O., das für unsere Frage nicht in Betracht kommt. Praktisch wird der Einwand durch das zur Verbindung der Klagbitten drängende Interesse des Käufers kaum in Frage kommen.[3])

Als weiteres Argument gegen die Vertragstheorie wird ausgeführt, es sei unmöglich, das Urteil, durch welches der Verkäufer verurteilt werde, in die Wandlung einzuwilligen, für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

---

[1]) a. a. O. S. 36.
[2]) a. a. O. S. 207.
[3]) Das Nähere siehe bei Kaulbach S. 32 ff., Flechtheim a. a. S. 73 ff., Kipp a. a. O. S. 61 ff., Kohler im Zivil-Archiv Bd. 80, S. 288, Neumann 1. Aufl. zu § 462, Anm. 26 u. a. m.

Es sei deshalb auch nicht möglich, vor Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils die Verurteilung zur Rückleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären.[1]) Das würde, so führt Matthiaß weiterhin zutreffend aus, zu Widersprüchen mit dem Gesetz führen, denn Leistungsurteile müssen nach der Zivil-Prozeßordnung in bestimmten Fällen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (vergl. §§ 708 bis 711 Z.-P.-O.). Demgegenüber aber weist Kipp (a. a. O. S. 115) nach, daß die Prämisse, nämlich Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung könnten nicht vorläufig vollstreckbar erklärt werden, im Gesetz eine Begründung nicht finde; die Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit enthalten eine Ausnahme für diese Urteile nicht, hätten eine solche aber ausdrücklich machen müssen, wenn sie sie beabsichtigt hätte. Angesichts der Wichtigkeit kann man diese Ausführungen Kipps als durchaus begründet bezeichnen. Damit fällt aber dieser gegen die Vortragstheorie gerichtete Angriff als unbegründet in sich zusammen.[2])

Alle diese Argumente sind nicht imstande, der Vertragstheorie den Boden unter den Füßen fortzuziehen. Dazu soll aber § 478 B.G.-B. imstande sein. Er sagt: Der Käufer könne auch nach Vollendung der Verjährung der Wandelungseinrede die Zahlung des Kaufpreises verweigern, wenn er nur vorher den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt habe.

Die Gegner der Vertragstheorie behaupten nun, dieser Paragraph, der die Wandlungseinrede verneint, statuiere klar einen Fall, in dem die Wandlung ohne Vertrag

[1]) Vergl. Eccius a. a. O. S. 332, Matthiaß, a. a. O. S. 207, Neumann zu § 462, Note II, 1a, Planck zu § 467, Note 2b, Flechtheim a. a. O. S. 76.

[2]) Vergl. auch Kaulbach S. 38 ff.

erfolge.[1]) Der Paragraph verlängert die Einredebefugnis des Wandlungsberechtigten über die Verjährungszeit hinaus.[2])

Die Gegner übersehen dabei den Ausdruck des § 478, daß der Käufer die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern kann, als er dazu auf Grund der Wandlung berechtigt sein würde. Daraus folgt m. E. schon klar, daß er mit der Geltendmachung der Einrede des § 478 nicht eine Wandelung vornimmt, sondern daß die Einrede im Gegensatz zur Wandelung steht. Gerade dieser Paragraph ist als Beweismittel für, nicht gegen die Vertragstheorie zu gebrauchen, denn das „auf Grund der Wandlung berechtigt sein würde" ergiebt klar, daß hier keine besondere Art der Wandlung vorliegt, keine Aufhebung des früheren Kaufvertrags, sondern nur auf Grund der verjährten Wandelungsberechtigung ein Recht, die Erfüllung eines Anspruchs aus dem Kauf zu verweigern.[3])

Eccius[4]) und Matthiaß[5]) erwähnen als Folge der Vertragstheorie die aus § 313 B.G.-B. sich ergebende Pflicht der Beurkundung des Wandlungsvertrages bei Grundstücken. Darauf des näheren einzugehen, erübrigt, da dieser Einwand nicht die theoretische Auffassung der Wandelung nach ihrer Behandlung im Gesetz, sondern

[1]) So Eccius a. a. O. S. 321 ff., Matthiaß a. a. O. S. 208, Haymann a. a. O. S. 544, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 656.

[2]) So die herrschende Ansicht. Vergl. Kaulbach S. 25.

[3]) Vergl. dazu auch die Ausführung bei Staffel a. a. O. S. 665 ff., Kaulbach S. 25 ff., Flechtheim a. a. O. S. 81.

[4]) a. a. O. S. 328.

[5]) a. a. O. S. 208.

nur eine allerdings vielleicht unangenehme — praktische Folgerung derselben trifft.[1])

Dasselbe gilt bezüglich des Einwandes von Matthiaß[2]) daß, wenn der Verkäufer im Momente des Abschlusses des Wandlungsvertrages nicht mehr voll geschäftsfähig sei, der Anspruch auf Vertragsschluß versage. Mit Recht führt Kaulbach[3]) dazu aus, daß dieser Anspruch auch in diesem Falle bestehen bleibe und nur die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder Verkäufers eingeholt werden müsse.

Was aber die Ausführung von Matthiaß[4]) betrifft daß in Durchführung der Vertragstheorie der Wandlungsanspruch nach einem halben, der Leistungsanspruch dagegen erst nach 30 Jahren verjähre, so kann dem nur beigestimmt werden.

Es muß eben die Klage auf Abschluß des Wandlungsvertrages spätestens ½ resp. 1 Jahr nach Eintritt des Wandlungsrechts erhoben sein, die Rückleistung des Preises kann dann innerhalb 30 Jahren noch gefordert werden. Da daraufhin die Mangelhaftigkeit und die Aufhebung des Kaufvertrags ja doch alsbald feststeht, so stehen dem praktische Bedenken auch nicht entgegen.

Der Vollzug der Wandelung, also das Zustandekommen des Wandelungsvertrags hat nicht ohne weiteres die dingliche Wirkung, daß nur der Kaufvertrag mit rückwirkender Kraft aufgelöst werde.[5]) Vielmehr knüpfen sich daran für die beiden Parteien eine Reihe obliga-

[1]) Vergl. im übrigen auch Flechtheim, a. a. O. S. 73. Anm. 14a, Neumann zu § 465, Note 3a, Kaulbach S. 47.
[2]) a. a. O. S. 208.
[3]) a. a. O. S. 47.
[4]) a. a. O. S. 208 Ziff. 7.
[5]) Vergl. Motive S. 280, Endemann a. a. O. Bd. I S. 659 Buchka a. a. O. S. 94.

torischer Verpflichtungen, welche unmittelbar aus dem Wandelungsvertrag fließen[1]) und den Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht entnommen sind.

Hiernach „sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren" § 346[2]) Sofern natürlich der Kaufvertrag noch von keiner Seite erfüllt war, werden die Parteien durch die Wandelung von ihren Verpflichtungen frei, und der Vertrag ist aufgelöst. Dasselbe gilt, wenn eine Leistung ganz oder zum Teil nur von einer Partei nicht bewirkt ist, für diese. Andernfalls sind die Parteien also verpflichtet, soweit möglich, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Kaufvertrag garnicht abgeschlossen worden wäre.

Daraus ergiebt sich insbesondere für den Käufer: Er hat dem Verkäufer die gekaufte Sache zurückzugewähren, und zwar soweit möglich, in demselben Zustand in dem er sie erhalten hat. Ist sie infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat nach dem Vollzug der Wandelung untergegangen oder verschlechtert worden, so hat er Ersatz zu leisten.[3]) Ist jedoch die Sache durch Zufall untergegangen, so ist der Käufer seinerseits mit dem Vollzug der Wandelung von seiner Verpflichtung frei,[4]) ohne den

[1]) Vergl. Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. II S. 656, Dernburg B.G.-B. S. 57, Schollmeyer a. a. O. S. 16.

[2]) Diese Bestimmung giebt dem Verkäufer das Recht auch seinerseits die sich aus der Wandelung für ihn ergebenden Ansprüche auf Rückleistung geltend zu machen. Vergl. Matthiaß a. a. O. Bd. I S. 499, Planck a. a. O. zu § 467, Oertmann B.G.-B. zu § 467 a. A. Schollmeyer a. a. O. S. 17, der dem Verkäufer lediglich das Recht aus § 354 zubilligt.

[3]) Ist dasselbe vor dem Vollzug der Wandelung vorgekommen, so hat er damit überhaupt den Anspruch auf Wandelung verloren.

[4]) Vorbehaltlich der Herausgabe des etwa erlangten Ersatzes § 281.

Anspruch auf die aus der Wandelung sich ergebenden Gegenleistungen zu verlieren. Er hat ferner nach § 987 die Sache mit den Nutzungen, die er vom Tage der Übergabe an gezogen hat, herauszugeben. Für Nutzungen die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können, die er aber nicht gezogen hat, ist er ersatzpflichtig.

Der Verkäufer muß dagegen den Kaufpreis mit Zinsen vom Tage der Zahlung an zurückgeben. Für geleistete Dienste hat er den Wert zu vergüten; es ist hierunter zu verstehen, daß der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis Dienste geleistet hat. Der Verkäufer muß ferner dem Käufer die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen, aber auch nur diese vergüten - § 994 — und ihm schließlich die Kosten des Vertrages ersetzen.

Als Erfüllungsort für die zurückzugewährenden Leistungen ergiebt sich nach den Bestimmungen der §§ 269 ff. für die Rückgewähr der Kaufsache der Ort, wo sie sich befindet, sofern sie nicht der Käufer arglistig oder auch schon in Kenntnis des Mangels — wenn er die Absicht hatte, zu wandeln — an einen dem Verkäufer ungünstigeren Ort gebracht hat[1]), denn da doch der Verkäufer dem Käufer die Vertragskosten ersetzen muß, so wäre es widersinnig, wenn letzterem durch die Rücksendung der Kaufsache wieder neue Kosten aufgebürdet würden.

Derselbe Ort ist darum auch maßgebend für die Rückzahlung des Kaufpreises, aber auch schon deshalb, weil die Leistungen Zug um Zug zu erfolgen haben,

[1]) Vergl. Goudefroy a. a. O. S. 65 ff. und die dort zitierten.

denn da muß der Kaufpreis gegen Rückgabe der Kaufsache gezahlt werden.

Alle diese Leistungen sind, wie schon gesagt, Zug um Zug zu erfüllen. „Kommt der Käufer mit der Rückgewähr der gekauften Sache oder eines erheblichen Teiles derselben in Verzug, so kann ihm der Verkäufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne. Die Wandelung wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablauf der Frist erfolgt." § 354.

Lebte nun wirklich, wie Planck[1]) annimmt, mit diesem Unwirksamwerden der Wandelung das Recht auf Minderung wieder auf? Das ist wohl nicht gut anzunehmen, denn durch die Wahl der Wandelung und ihren Vollzug ist der Anspruch auf Minderung kraft Gesetzes erloschen, und es ist nirgends im Gesetz eine Bestimmung enthalten, die dem Käufer diesen Anspruch wieder einräumt. Warum sollen wir denn da den Verkäufer zum Spielball in der Hand eines säumigen oder gar chikanösen Käufers machen? Warum sollen wir das Schweigen des Gesetzes zu Ungunsten dessen auslegen, der alles getan hat, um den Käufer schadlos zu halten? Bei einer naturgemäßen Intergretation der analogen Bestimmungen des § 354 müssen wir auch auf diesem Wege zu demselben Resultat kommen: „Die Wandelung wird unwirksam", d. h. arg. e contu, sie war wirksam, sie war vollzogen. Will man das „wird unwirksam" dahin auslegen, daß es nun so angesehen wird, „als ob ein Wandelungsvertrag nie geschlossen worden wäre,[2]) so müßte ja neben dem Recht auf Minderung auch das auf Wandelung wieder auf-

[1]) Zu § 467g.
[2]) Frisch a. a. O. S. 53.

leben. Und wie oft sollte der Verkäufer dies Spiel dem Käufer gestatten müssen, wenn dieser nun von neuem wandeln wollte? Mit dem Anspruch auf Wandelung ist hier m. E. auch der auf Minderung erloschen.[1])

Die Wandelung ist ausgeschossen wenn nur eine unerhebliche Minderung vorliegt, minima non curat praetor.

Auf die Frage, welchen Einfluß die Sache im Besitze des Käufers treffende Veränderungen auf dessen Wandelungsrecht haben, näher einzugehen, liegt nicht im Rahmen des Themas. Hier sei nur kurz das fast übereinstimmende Ergebnis der diesbezüglichen Untersuchungen mitgeteilt.[2])

I. Ist eine Verschlechterung, der Untergang oder eine sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache eingetreten und

a. trifft den Verkäufer ein Verschulden, so ist

1) wenn die Verschlechterung u. s. w. unwesentlich ist, der Käufer wandlungsberechtigt, aber schadenersatzpflichtig,

2) wenn sie wesentlich ist, entweder die Wandelung, falls sie noch nicht vollzogen ist, ausgeschlossen, oder nach Vollzug der Wandelung, der Käufer schadenersatzpflichtig.

b. Trifft den Käufer kein Verschulden, so bleibt die Wandelung zulässig, der Käufer aber zur Heraus-

---

[1]) Vers. Anf. Dernburg B. G.-B. S. 63, Cosack a. a. O. Bd. I S. 433, Matthiaß a. a. O. Bd. I S. 501, Crome B. G.-B. Bd. II S, 466, a. A. Frisch a. a. O. S. 53, Kaufmann a. a. O. S. 46, Stratmann a. a. O. S. 14, Oertmann a. a. O. zu § 467.

[2]) cfr. Kaufmann a. a. O. S. 46 ff. und die dort angegebene Literatur.

gabe etwaiger ungerechtfertigter Bereicherung an den Verkäufer verpflichtet.

II. Hat der Käufer die Sache durch Verarbeitung verändert, so ist zu unterscheiden:

a. Ist nur ein unerheblicher Teil der Sache umgearbeitet, so bleibt die Wandelung zulässig, für den umgearbeiteten Teil ist nach § 281 Ersatz zu leisten.

b. Ist ein erheblicher Teil oder die ganze Sache verändert, so bleibt die Wandelung nur dann zulässig, wenn die Sache wieder in den vorigen Zustand gebracht werden kann und gebracht wird. Kann dies nicht geschehen, so ist die Spezifikation wie der Untergang der Sache zu behandeln (s. unter I), nach § 467 ist die Wandelung aber dann nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat.[1])

c) Wird die Verarbeitung nach Vollzug der Wandlung vorgenommen, so bleibt der Kaufvertrag aufgelöst, der Käufer ist aber schadensersatzpflichtig.

III. Sonstige Veränderungen, welche sich nicht als Verarbeitung oder Umgestaltung der Sache darstellen, stören das Wandelungsrecht nicht.[2]) Hier treten eventl. die Bestimmungen über notwendige Verwendungen auf fremde Sachen in Geschäftsführung ohne Auftrag ein.

IV. Weiterveräußerung oder Belastung der Sache an sich stören die Wandlung grundsätzlich nicht, doch schließt § 354 sie aus, wenn der Käufer trotz Bewilligung einer Rückgabefrist seitens des Verkäufers die Sache nicht

[1]) Das Nähere s. Kaufmann a. a. O.
[2]) cfr. Oertmann zu § 352 B.G.-B.

zurückgewähren kann. Ist die Verfügung erst nach Vollzug der Wandlung vorgenommen, so ist der Käufer schadensersatzpflichtig.

In allen diesen Fällen steht dem Verkäufer gegebenenfalls der Anspruch aus § 281 gegen den Käufer zu.

Das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung, resp. die Geltendmachung der Wandelung ist erheblich beschränkt durch die Bestimmung des § 466: „Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablauf der Frist verlangt werden." Der Gesetzgeber ist durch diese Bestimmungen dem schutzbedürftigen Interesse des Verkäufers gegenüber einer vielleicht spekulativen Ausübung des Wahlrechts von Seiten des Käufers gerecht geworden.[1]) Diese Bestimmungen finden analoge Anwendung auf den Werkvertrag, § 634 Abs. 4.

Einige Besonderheiten ergeben sich, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere Beteiligte vorhanden sind, oder wenn mehrere Sachen zusammen verkauft sind. Da wir uns jedoch hier für die Behandlung derselben auf die wörtliche Wiedergabe des Gesetzestextes beschränken könnten, so sei der Kürze wegen auf die entsprechenden §§ verwiesen. S. §§ 356, 469 bis 471.

b. die Minderung.

Der Vollzug der Minderung und mithin ihre juristische Konstruktion ist nach § 465 ebenso wie bei der Wande-

[1]) Vergl. Dernburg B.G.-B. S. 59.

lung; wir brauchen deshalb hier nur auf das oben gesagte zu verweisen. Planck,[1]) gestützt auf die Protokolle II. S. 8457/58, nimmt an, daß die Minderung im Falle der außergerichtlichen Einigung erst vollzogen sei, wenn der Käufer Herabsetzung des Kaufpreises um einen bestimmt angegebenen Betrag verlangt und der Verkäufer sich hiermit einverstanden erklärt habe.[2]) M. E. muß man aber, da das Gesetz nichts darüber sagt, wie bei der Wandelung, so auch hier zwischen dem Vollzug und der Durchführung der Minderung unterscheiden und da genügt zum Vollzug nach ausdrücklicher Bestimmung des § 465 Einverständnis des Verkäufers mit dem Verlangen des Käufers, daß gemindert werden soll.[3]) Bei Abschluß eines Kaufs braucht der Kaufpreis auch nur bestimmbar zu sein. Wenn es im § 472 heißt: „Bei der Minderung ist der Kaufpreis herabzusetzen", so muß daraus nicht unbedingt gefolgert werden, daß das beim Abschluß des Minderungsvertrages beim Vollzug der Minderung, zu geschehen habe, vielmehr hat damit der Gesetzgeber nur einen Fingerzeig geben wollen, in welchem Verhältnis der Kaufpreis bei der prozessualen Durchführung der Minderung herabzusetzen sei.

Mit Recht bemerkt Goudefroy[4]), daß im Falle des gerichtlichen Abschlusses des Minderungsvertrags die Klage des Käufers immer abgewiesen werden müsse, wenn er Minderung um einen bestimmten Betrag verlange und

[1]) zu § 465.
[2]) So auch Staudinger zu § 465, ferner Eccius in Gruchots Beiträgen S. 334, Kuhlenbeck a. a. O. S. 262, Zager a. a. O. S. 72.
[3]) So Crome B.G.-B. Bd. II S. 461. Dernburg B.G.-G. S. 58, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 658, Flechtheim in Gruchots Beiträgen S. 85, Stratmann a. a. O. S. 11.
[4]) S. 67 ff.

dieser Betrag dem Richter zu hoch erscheine. Es können natürlich die beiden Klagen auf Vollzug und auf Durchführung der Minderung, ebenso wie bei der Wandelung, verbunden werden.

Die Durchführung der Minderung ist naturgemäß eine andere als die der Wandelung. Sie geht auf Herabsetzung des Kaufpreises.

Im gemeinen Recht und im allgemeinen Landrecht hatte sich ein einheitliches Prinzip, nach welchem der Kaufpreis gemindert wurde, nicht gebildet. Man minderte bald nach der absoluten Berechnung, d. h. der Kaufpreis wurde auf soviel herabgesetzt, als die Sache mit dem Mangel wert war, bald nach der relativen, d. h. der Kaufpreis wurde in dem Verhältnis herabgesetzt, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Diese Berechnung hat auch das B.G.-B. zugrunde gelegt. § 472. Ein Beispiel möge dies veranschaulichen: Ist eine Sache für 150 Mk. verkauft, die in Wirklichkeit 140 Mk. wert ist, und tritt bei dieser Sache ein vom Verkäufer zu vertretender Mangel hervor, infolgedessen sie nur noch 120 Mk. wert ist, so ist der Kaufpreis im Verhältnis von 140 Mk. zu 120 zu mindern. Daraus ergiebt sich: $140:120=150:x$, wobei x der durch die Minderung sich ergebende Kaufpreis ist, $x=125$. Also muß der Kaufpreis um 25 Mk. gemindert werden, d. h. ist der Kaufpreis gezahlt, so muß der Verkäufer dem Käufer 25 Mk. zurückzahlen, ist er noch nicht gezahlt, so kann er nur 125 Mk. von ihm verlangen.

Der Anspruch auf Minderung geht nicht etwa durch Untergang, Verschlechterung oder Weiterveräußerung der

Sache verloren, selbst wenn sie mit Gewinn weiterveräußert ist[1]).

Es folgt dies auch indirekt aus dem Gesetz, denn während die Fälle, in denen die Wandelung ausgeschlossen ist, einzeln aufgeführt sind, findet sich bezüglich der Minderung keine derartige Bestimmung, In der Literatur herrscht hierin auch wohl Einigkeit[2]).

Wegen der Besonderheiten, die Mehrheit von Beteiligten oder Sachen oder die Leistung von Diensten neben dem Kaufpreis betreffend, die sich auch hier in entsprechender Weise wie bei der Wandelung wiederholen, verweisen wir auch hier auf den Gesetzestext. S. §§ 472 Abs. 2 bis 474.

Hervorzuheben wäre vielleicht § 475[3]). Hiernach ist es nämlich dem Käufer gestattet, wenn er wegen eines Mangels gemindert hat, wegen eines weiteren Mangels nochmals zu mindern oder zu wandeln. Gleichgiltig ist hierbei, ob er den Mangel schon bei der ersten Minderung gekannt hat, oder nicht.

Indessen wird unter Umständen in der Geltendmachung nur eines Mangels von mehreren bekannten ein Verzicht[4]) auf die Geltendmachung der übrigen liegen, und eine erneute Minderung oder die Wandelung würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Es wird also im einzelnen Falle zu prüfen sein, ob unter dieser Voraussetzung die erneute Minderung oder die Wandelung oder überhaupt einer dieser beiden Ansprüche zuzulassen ist.

---

[1]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 236, Matthiaß a. a. O. S. 503, Planck a. a. O. zu § 465 No. 2.
[2]) Vergl. Hanauseck a. a. O. S. 263, 264 Anm. 12 u. 13.
[3]) Vergl. Planck, Staudinger, Oertmann a. a. O. zu § 475, Crome B.G.-B. Bd. II. S. 464.
[4]) So auch Planck a. a. O. zu § 475.

Die Durchführung der erneuten Minderung geschieht nach § 472. Der Kaufpreis, — und zwar der ursprüngliche — ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert[1]) gestanden haben würde[2]).

Eine andere Ansicht[3]) legt bei der zweiten Minderung anstatt des „Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand" den auf Grund der ersten Minderung herausgekommenen zu Grunde.

c. Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Statt Wandelung oder Minderung kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, „wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufs eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat". § 463. Allerdings könnte der Käufer im Falle des arglistigen Verschweigens den Kauf auch nach § 123 Abs. 1 anfechten, aber warum soll er sich nicht des ihm weit günstigeren Rechtsmittels bedienen, welches ihm Ersatz für sein ganzes Erfüllungsinteresse verschafft[4]).

Daß zur Arglist die Kenntnis des Verkäufers gehöre, der Käufer werde den Mangel für erheblich halten, nimmt Dernburg[5]) an. Das ist m. E. nicht der Fall; die Merkmale der Arglist s. oben S. 33, können beim Verkäufer

[1]) Nun jedoch unter Berücksichtigung beider Mängel.
[2]) Vergl. Crome B.G.-B. Bd. II. S. 471, Dernburg B.G.-B. S. 66 Note 7.
[3]) Vergl. Oertmann a. a. O. zu § 475 No. 2, Staudinger a. a. O. zu § 475 No. 4, Ehrlich a. a. O. S. 83.
[4]) Vergl. Engeling a. a. O. S. 29.
[5]) B.G.-B. S. 56.

vorliegen, ohne daß er weiß, wie der Käufer den Mangel beurteilt.

Der Anspruch auf Schadensersatz steht dem Käufer wahlweise mit, nicht neben dem auf Wandelung oder Minderung, unter den gleichen Voraussetzungen der §§ 459, 460 zu. Nur ist der Zeitpunkt, in dem die Fehler vorhanden sein müssen, hier bereits der Kaufabschluß. Das ist ja auch natürlich, denn wenn die zugesicherten Eigenschaften beim Vertragsschluß vorhanden sind, aber zur Zeit des Gefahrübergangs fehlen, so stehen dem Käufer nur Wandelung und Minderung zu[1]).

Beim Gattungskauf bleibt auch für den Schadensersatzanspruch der Übergang der Gefahr maßgebender Zeitpunkt, da hier bei Abschluß des Kaufs noch gar keine bestimmte Sache vorhanden ist.

Nach der herrschenden Ansicht ist die Schadensersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers.

Es bezieht sich dies natürlich nur auf den Fall des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, denn bei Arglist liegt immer Verschulden vor. Unter Zusicherung einer Eigenschaft haben wir aber hier m. E. nicht nur das Garantieversprechen des Verkäufers, daß er die Eigenschaft verschaffen werde, zu verstehen, sondern auch das Vorhandensein derselben zur Zeit des Kaufabschlusses. Und wenn wir es so verstehen, so wird m. E. auch hier, gerade wie beim arglistigen Verschweigen, meist ein Verschulden des Verkäufers vorliegen. Denn in der weitaus größten Zahl der Fälle kennt doch der Verkäufer die Eigenschaften seiner Kaufsache; und wenn er sie nicht kennt, so mag er sie nicht zusichern. Tut er dies doch, so liegt,

[1]) Vergl. Matthiaß a. a. O. Bd. I. S. 504.

wenn auch nicht immer Vorsatz, so doch meist Fahrlässigkeit vor. Immerhin aber lassen sich auch Fälle denken, in denen der Verkäufer in entschuldbarem Irrtum handelt, wenn er Eigenschaften der Kaufsache zusichert, die nicht vorhanden sind. Und so kann man mit Recht sagen, daß die Schadensersatzpflicht nicht unbedingt auf einem Verschulden des Verkäufers beruht. Indes ist das Gesetz davon ausgegangen, daß der Verkäufer durch die Zusicherung einer Eigenschaft die Verantwortung für alle Folgen im Falle ihres Fehlens übernimmt[1]).

Durch Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erlöschen Wandelung und Minderung, denn der Schadensersatzanspruch geht auf das ganze positive Erfüllungsinteresse[2]), er geht dagegen nicht auf Nachbesserung.[3])

d. Lieferung einer mangelfreien Sache.

Während die drei bisher besprochenen Ansprüche sowohl beim Species- wie bei Gattungskauf Geltung haben, tritt bei letzterem allein noch ein vierter hinzu, nämlich Lieferung einer mangelfreien Sache, den der Käufer statt Wandelung oder Minderung nach den gleichen Vorschriften geltend machen kann § 480 Abs. 1.

Der Käufer kann Erfüllung des Vertrags verlangen; so lange nun eine mangelhafte Sache Vertragsobjekt ist, liegt noch keine Erfüllung vor, deshalb ist dem Käufer das Recht gegeben, Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen zu können. Er kann ferner auf Grund der exceptio non adimpleti contractus die Zahlung des Kaufpreises verweigern.

[1]) Vergl. Denkschrift S. 95.
[2]) Vergl. Crome B. G.-B. Bd. 2. S. 471. Matthiaß a. a. O. Bd. I S. 504.
[3]) Vergl. Crome B. G.-B. Bd. 2 S. 447. Dagegen Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 988.

e. Das Recht auf Nachbesserung.

Ein Recht, die Beseitigung eines Mangels zu verlangen, ist dem Käufer nirgends zugestanden, außer wenn es bei Abschluß des Kaufvertrags vereinbart ist, oder der Verkäufer die Kaufsache zwischen Abschluß des Kaufs und Erfüllung schuldhafterweise beschädigt[1]). Der erste Fall der Vereinbarung der Sachbesserung ist als ein neuer Vertrag anzusehen, aus dem sowohl Käufer wie Verkäufer auf Erfüllung, d. h. auf Nachbesserung resp. Gestattung der Nachbesserung, klagen können.

Ob damit aber auch dem Verkäufer das Recht, den Mangel zu beseitigen, abgeschnitten ist, ist nicht gesagt. Vielmehr wird es auf den einzelnen Fall ankommen, ob der Käufer dem Verkäufer dieses Recht einräumen muß. Hat der Käufer ein besonderes Interesse daran, eine mangelfreie Sache, an der auch keine Nachbesserungen vorgenommen sind, zu verlangen, so kann er natürlich sofort die Wandelungs- oder Minderungsklage erheben.

Andererseits würde es oft eine Chikane sein, wenn der Käufer in jedem Falle die Nachbesserung verweigern und die Wandelungs- oder Minderungsklage anstrengen wollte, weil ihn der Kauf vielleicht inzwischen reut[2]).

---

[1]) Vergl. Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 498. Anm. 1. Crome B. G.-B. Bd. 2 S. 458. Planck a. a. O. zu § 462 No. 4. Ehrlich a. a. O. S. 75.

[2]) So die H. A. Vergl. Planck, Oertmann, Staudinger a. a. O. zu § 462, Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 498, Protokolle S. 697 ff. Motive Bd. 2 S. 227. „Der Entwurf hat zwar die Beschränkung der Rechte des Käufers — sc. dadurch, daß er dem Verkäufer ein Nachbesserungsrecht geben müßte — als für die Praxis nicht empfehlenswert nicht angenommen, damit soll aber nicht ausgesprochen sein, daß der Veräußerer nicht nach den Umständen des einzelnen Falles durch die Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Erwerbers ausschließen könne". A. A. Endemann a.a.O. B. 1 S. 724, Eccius in Gruchots Beitr. S. 316, Ehrlich a.a.O. S. 75 ff., Kemmerich a.a.O. S. 39

Man denke sich nur den Fall[1]), daß jemand ein Trennstück eines großen Grundstücks kauft, und es werden ihm infolge irgend eines Versehens einige Quadratmeter zu wenig abgemessen; sollte es da dem Verkäufer versagt sein, das fehlende Stück nachzuliefern, dem Käufer dagegen gestattet, zu mindern oder gar zu wandeln? Das würde doch den vor allen den Kauf beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben geradezu ins Gesicht schlagen.

Cosack[2]), welcher die Nachbesserung für ein Recht des Verkäufers hält, begründet seine Ansicht, indem er sagt: „Während der Käufer die Ausbesserung der mangelhaften Kaufsache vom Verkäufer nicht beanspruchen kann, muß er sie sich gefallen lassen, wenn sie ihm vom Verkäufer aus freien Stücken angeboten wird, und zwar binnen einer Nachfrist, die in gleicher Art zu bestimmen ist, wie die Nachfrist beim Lieferungsverzug des Verkäufers. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, aber selbstverständlich; denn es geht nicht an, daß der Verkäufer, der die Sache in mangelhaftem Zustande liefert, strenger behandelt wird, als der Verkäufer, der sie garnicht liefert."

Zu welchen Härten jedoch dies Recht des Verkäufers, Nachbesserung zu verlangen, dem Käufer gegenüber führen kann, geht aus folgendem Beispiel[3]) hervor: „Nehmen wir an, die verkaufte Sache ist vom Verkäufer bereits übergeben; das bedeutet bezügl. der Gefahr: die Gefahr ist auf den Käufer übergegangen; rügt nun der Käufer dem Verkäufer gegenüber etwaige Mängel und dieser erbietet sich zur Nachbesserung, wozu er ja nach Cosack berechtigt ist, so muß der Käufer evtl. die Sache wieder

[1]) Vergl. Emerich a. a. O. S. 70.
[2]) a. a. O. Bd. 1 S. 434.
[3]) S. Schernowsky a. a. O. S. 21.

an den Verkäufer zum Zwecke der Nachbesserung herausgeben. Während der Zeit der Nachbesserung entbehrt nun nicht nur der Käufer die Kaufsache, sondern er bekommt sie überhaupt nicht wieder, wenn sie durch Zufall beim Verkäufer untergeht und hat auf keinen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises, denn er trägt von der Übergabe an die Gefahr.

Schollmeyer[1]) nimmt an, daß in den Ansprüchen des Käufers auf Erfüllung stillschweigend der auf Nachbesserung enthalten sei, wenn er sagt: „Die dem Käufer wegen vorhandener Mängel oder fehlender zugesicherter Eigenschaften zustehenden Ansprüche gehen auf Erfüllung, also Nachbesserung." Das trifft m. E. nicht zu.

b. Für den Besteller.

1. Übersicht.

Zunächst ist der Besteller berechtigt, die Abnahme eines mangelhaften Werkes abzulehnen. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 640. Der Besteller ist verpflichtet, das „vertragsmäßig" hergestellte Werk abzunehmen. Ist es aber mit Mängeln behaftet, so ist es nicht vertragsmäßig, mithin ist der Besteller berechtigt, dasselbe abzulehnen. Natürlich braucht er auch die Vergütung nicht zu bezahlen. Denn gemäß § 320 steht im die exceptio non adimpleti contractus zur Seite. Gleichgültig ist, ob der vorhandene Mangel den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert. Dies ist nur von Bedeutung für die Frage, ob Wandelung zulässig ist, wenn der Besteller das Werk abgenommen hat.

Im übrigen können wir bei den Gewährleistungsansprüchen des Bestellers in manchen Punkten auf das beim Kauf gesagte verweisen.

[1]) a. a. O. S. 15.

Insbesondere begegnen wir auch hier wieder den Ansprüchen auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz, aber im Gegensatz zum Kauf auch einem gesetzlichen Anspruch auf Beseitigung des Mangels, also einem Anspruch auf Nachbesserung.

Und gerade darin liegt der Hauptunterschied zwischen den Ansprüchen des Käufers und denen des Bestellers, hier ist der erste Anspruch der auf Nachbesserung, erst subsidiär kann der Besteller auch die anderen geltend machen, während dort ein gesetzlicher Anspruch auf Nachbesserung überhaupt nicht anerkannt ist. Und zwar ist dem Besteller der Anspruch auf Nachbesserung gegeben, „wenn dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn dasselbe mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern." § 633.

Erst wenn die weiteren Voraussetzungen des § 634 vorliegen, hat er die weiteren Ansprüche auf Wandelung und Minderung.

Und, „wenn der Mangel des Werks auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, kann der Besteller nach freier Wahl neben Wandelung oder Minderung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen." § 635.

Außerdem aber steht dem Besteller nichts im Wege, soweit die allgemeinen Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse ihm günstigere Rechtsmittel an die Hand geben, auch diese zu benutzen.

2. Die einzelnen Ansprüche.

Während wir beim Kauf zum Schluß zu dem Resultat kamen, daß in gewissen Fällen dem Verkäufer das

Recht, den Mangel zu beseitigen, zu gewähren sei, hat beim Werkvertrag der Unternehmer nicht nur das Recht, sondern oft sogar die Pflicht, den Mangel zu beseitigen.[1]) Denn nach § 633 Abs. 2 kann der Besteller die Beseitigung des Mangels „verlangen". Daraus ergiebt sich eben, daß sie für den Unternehmer eine Pflicht ist.

Andererseits aber kann der Besteller Wandelung oder Minderung — außer in den unter zu erörternden Ausnahmefällen — nicht früher verlangen, als der Anspruch auf Beseitigung des Mangels erloschen ist. Mithin besteht auch, wie oben gesagt, für den Unternehmer ein Recht, den Mangel beseitigen zu dürfen. Das Recht des Bestellers ist an keine Frist gebunden, aber es unterliegt einer besonders kurzen Verjährung.

„Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann ihn der Besteller selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen." § 633 Abs. 3. Hat der Besteller den Mangel selbst beseitigt, ohne daß der Unternehmer im Verzug war, so kann er nur Ersatz verlangen, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag.

Der Besteller kann auch zur Beseitigung des Mangels dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung nach dem Ablauf der Frist ablehne.[2])

---

[1]) Dieser Gedanke ist dem Besteller ebenso natürlich, wie er dem Käufer fern liegt. Ehrenberg a. a. O. S. 262.

[2]) Damit der Besteller nach dem Ablauf der Frist Wandelung oder Minderung wirksam geltend machen kann, ist unbedingt erforderlich, daß er bei Bestimmung der Frist erklärt, er lehne nach Ablauf der Frist die Nachbesserung ab. Vergl. Schollmeyer a. a. O. S. 57, Riezler a. a. O. S. 116.

Angemessen ist eine Frist, wenn es objektiv und subjektiv möglich ist, während ihrer Dauer den Mangel zu beseitigen.[1]) Wenn die Frist nicht angemessen ist, so soll es nach der einen Meinung[2]) so gehalten werden, als wenn überhaupt keine Frist gesetzt sei; nach der andern soll[3]) nur die angemessene Nachfrist in Lauf gesetzt sein. Das Gesetz giebt keine Bestimmungen hierüber. M. E. wird sich der Unternehmer erklären müssen, wenn er die Frist für nicht angemessen hält; sein Schweigen spricht dafür, daß er sie für angemessen hält.

Nach dem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen, doch kann nun der Besteller Wandelung oder Minderung verlangen.

Das Recht, dem Unternehmer eine Frist zur Beseitigung eines Mangels zu setzen, steht ferner dem Besteller zu, wenn sich schon vor Ablieferung des Werks ein Mangel zeigt. Jedoch muß hier die Frist so bemessen sein, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. § 634 Abs. 1.[4]) Entspricht die Frist diesen Voraussetzungen, so kann der Besteller nach Ablauf derselben Wandelung oder Minderung verlangen. § 634 Abs. 1 S. 3. Die Wirkungen dieses Satzes 3 treten jedoch nur dann ein, wenn der Fristbestimmung der Zusatz beigefügt war, daß nach fruchtlosem Ablauf die Verbesserung abgelehnt werde.[5])

Der Besteller ist berechtigt, ohne Fristfestsetzung und ohne überhaupt den Anspruch auf Nachbesserung geltend

[1]) Planck a. a. O. S. 374.
[2]) Planck a. a. O.
[3]) Fischer Henle a. a. O. zu § 250, Cosack a. a. O. S. 353.
[4]) Tut sie dies doch, so liegen die Voraussetzungen für die weiteren Ansprüche des Bestellers § 634 Abs. 1 S. 3 noch nicht vor. Vergl. Schollmeyer a. a. O. S. 57.
[5]) Vergl. Riezler a. a. O. S. 116.

gemacht zu haben, Wandelung oder Minderung zu verlangen, wenn die Beseitigung des Mangels 1. unmöglich ist, oder 2. von dem Unternehmer verweigert wird, oder wenn 3. die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist.

Ad 1. „Die Unmöglichkeit muß eine objektive sein, ein bloß subjektives Unvermögen des Unternehmers genügt nicht, wenn er die Nachbesserung auch durch Dritte vornehmen lassen kann.“ [1])

Ad 2. Diese Weigerung muß, wie Riezler [2]) sagt, „unzweideutig erklärt“ und dem Besteller auf irgend eine Weise zur Kenntnis gekommen sein.

Demgegenüber nimmt Planck [3]) an, daß es auf die Form der Weigerung nicht ankomme, daß sie dagegen „dem Besteller“ gegenüber erklärt sein müsse. [4])

M. E. kommt es mehr darauf an, daß sie dem Besteller gegenüber in „irgend einer“ Form erklärt ist, als daß sie zwar unzweideutig, aber einem beliebigen Dritten gegenüber erklärt ist, denn wie weit darf der Besteller den Aussagen dieses Dritten Glauben schenken? Und wenn von dem allen nichts im Gesetz steht, [5]) warum sollen wir da die Stellung des Bestellers ohne Grund erschweren, während wir im umgekehrten Falle das gleiche beim Unternehmer nicht tun würden?

In gewissen Fällen ist jedoch der Unternehmer berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern,

[1]) Riezler a. a. O. S. 115.
[2]) a. a. O. S. 115, ebenso Frisch a. a. O. S. 31.
[3]) a. a. O. zu § 634 Nr. 4, ebenso Oertmann a. a. O. zu § 634 Staudingen a. a. O. zu § 634.
[4]) Vergl. auch Crome B. G.-B. Bd. 2 S. 686 Note 54.
[5]) Frisch a. a. O. S. 31.

wenn sie nämlich einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde § 633 Abs. 2. Unverhältnismäßig ist der Aufwand dann, wenn die Kosten der Beseitigung des Mangels den dadurch entstehenden Vorteil weit übersteigen, „wenn der Nachteil, welcher dem Unternehmer durch den Aufwand erwächst, in einem großen Mißverhältnis steht zu dem geringen Vorteile, den der Besteller durch die Verbesserung erfährt". [1]) Wann dies der Fall sein wird, entscheidet, falls die Parteien sich nicht einigen, richterliches Ermessen.

Ad 3. Ein besonderes Interesse, schon primär den Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung geltend zu machen, ist stets dann gerechtfertigt, wenn das Werk infolge der Nachbesserung zu dem vom Besteller gewünschten Zweck zu spät kommen würde, so z. B. „der Maskenanzug am Aschermittwoch". [2])

Wenn keiner dieser 3 Fälle vorliegt, kann der Besteller erst subsidiär die Ansprüche auf Wandelung und Minderung geltend machen. Auf diese Ansprüche finden die Regeln über den Kauf entsprechende Anwendung § 634 Abs. 4. Insbesondere können wir bezügl. ihrer juristischen Konstruktion auf das beim Kauf gesagte verweisen.

Bei der Wandelung ergiebt sich hinsichtlich ihrer Durchführung eine interessante Frage, wie sich im einzelnen die Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen gestaltet.

Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nach § 951 Abs. 1 S. 2 nicht verlangt werden. [3]) Wer bekommt nun das Werk? Der Käufer muß — wenn wir

[1]) Riezler a. a. O. S. 113. Vers. A. Oertmann zu § 633, Dernburg § 320.

[2]) S. Riezler a. a. O. S. 115.

[3]) A. A. sonderbarerweise Oertmann a. a. O. zu § 634 Nr. 3.

von den Nebenleistungen absehen — bei der Wandelung die Kaufsache, der Verkäufer den Kaufpreis zurückgewähren. Bei analoger Anwendung auf den Werkvertrag müßte der Besteller das Werk, der Unternehmer die Vergütung zurückgewähren.

Betrachten wir jedoch die Leistungen beim Kauf von einem anderen Gesichtspunkt, so werden wir bei analoger Anwendung auf den Werkvertrag hier zu einem anderen Resultat kommen. Der Käufer muß zurückgewähren, was vor Abschluß des Kaufs im Eigentum des Verkäufers, der Verkäufer, was im Eigentum des Käufers war. Sollte nun beim Werkvertrag der Besteller verpflichtet sein, dem Unternehmer zurückzugewähren, was vorher garnicht in dessen Eigentum gewesen ist? Denn der vom Besteller gelieferte Hauptstoff ist stets in seinem Eigentum geblieben, und die vom Unternehmer gelieferten Zutaten sind sogar nach § 951 noch in das Eigentum des Bestellers übergegangen. Und da Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht verlangt werden kann, so verbleibt das Werk beim Besteller, und die ganze Wandelung besteht, sofern die Vergütung gezahlt ist, in einer einseitigen Rückzahlung derselben durch den Unternehmer, wobei er jedoch den Wert der Zutaten, die er geliefert hat § 951, und der geleisteten Dienste § 346, also seiner Arbeit, soweit sie für den Besteller von Vorteil ist, anrechnen darf.

Ist die Vergütung noch nicht gezahlt, so mindert sie sich auf den Wert der Zutaten und der geleisteten Dienste. Diese Ansprüche des Unternehmers auf Vergütung bestimmen sich in solchen Fällen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[1].)

[1]) S. Engeling a. a. O. S. 50.

Wir haben also hier die Eigentümlichkeit, daß Wandelung beim Werkvertrag nichts anderes ist als eine Minderung der Vergütung, auf welche natürlich die Minderungsvorschriften des Kaufs keine Anwendung finden,[1]) da hier eine „proportionale Berechnung“[2]) wie bei der eigentlichen Minderung überhaupt nicht stattfindet.

Der Unternehmer muß die Kosten des Vertrags ersetzen und von einer etwa empfangenen Vergütung Zinsen vom Tage des Empfanges an zahlen gemäß den Verweisungen der §§ 467 und 634 Abs. 4 auf § 347.

Alle diese Erörterungen über die Durchführung der Wandelung gelten m. E. in gleicher Weise beim materiellen wie immateriellen opus.[3])

Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindert. Es ist dies beachtenswert gegenüber dem Kauf; während dort eine unerhebliche Wertminderung weder einen Anspruch auf Wandelung noch auf Minderung für den Käufer begründet, ist hier nur die Wandelung durch sie ausgeschlossen. Das bürgerliche Gesetzbuch hat durch diese Bestimmung billige Rücksicht genommen auf den Unternehmer. Zwar kann einerseits dem Besteller viel daran gelegen sein, das Werk frei von jeglichem Mangel zu erhalten, andererseits aber wird das Gesetz doch dem Besteller nicht gestatten, wegen jedes geringfügigen

[1]) Dieser Ansicht ist auch zweifellos Crome. Und wenn es in seinem Lehrbuch Bd. 2 S. 686 β heißt: „Selbstverständlich sind bei der Wandelung dem Besteller die von ihm gelieferten, dem Unternehmer verbleibenden Zutaten zu vergüten“, so kann das nur auf einer irrtümlichen Umstellung der beiden Ausdrücke „Besteller“ und „Unternehmer“ beruhen.

[2]) S. Frisch a. a. O. S. 51.

[3]) Riezler a. a. O. S. 123 verneint es für letzteres.

Mangels den ganzen Vertrag rückgängig zu machen und dadurch eventuell den Unternehmer unverhältnismäßig zu schädigen.

Im übrigen dürfte wohl die Anwendung der Vorschriften über die Wandelung beim Kauf auf den Werkvertrag keinen Zweifel hinterlassen.

Bedenken können dagegen entstehen, welcher Zeitpunkt bei der Minderung, entsprechend dem des Kaufabschlusses des § 472, in Betracht kommt.

In der Wissenschaft sind vier Ansichten vertreten: 1. Abschluß des Werkvertrags,[1]) 2. Herstellung des Werkes,[2]) 3. Ablieferung desselben[3]) resp. Abnahme[4]) und 4. eine zwischen den beiden letzteren vermittelnde Ansicht,[5]) „Vollendung der Unternehmertätigkeit".

Nach Analogie des § 472 ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zu der fraglichen Zeit — ich bediene mich vorläufig noch dieses indifferenten Ausdrucks — der Wert des Werks in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Die Ansicht Dernburgs dürfte einer analogen Anwendung der Regeln des Kaufs auf den Werkvertrag wohl direkt widersprechen, denn der Ablieferung entspricht beim Kauf die Übergabe, es heißt aber im § 472 ausdrücklich „zur Zeit des Verkaufs".

Die Ansicht Cromes kommt der Dernburgs sehr nahe, denn bei nicht abnahmefähigen Werken liegt die

[1]) Planck a. a. O. zu § 634 Nr. 6, Riezler a. a. O. S. 119 Fischer-Henle a. a. O. zu § 634.
[2]) Oertmann a. a. O. zu § 634 Nr. 3.
[3]) Dernburg B. G.-B. S. 438.
[4]) Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 527.
[5]) Crome B.G.-B. Bd. 2 Seite 686.

Vollendung der Unternehmertätigkeit in der Vollendung des Werks, und diese entspricht der Ablieferung, bei abnahmefähigen liegt sie in der Ablieferung. Auch diese Ansicht stellt m. E. zu hohe Anforderungen an eine analoge Anwendung.

Zur Ansicht Oertmanns bemerkt Staudinger [1]) mit Recht, „daß die Herstellungszeit oft eine ganze Zeitperiode darstellt". Wenn Oertmann mit „Zeit der Herstellung" den Augenblick der Vollendung des Werks meint, so entspricht dies m. E. am ersten einer analogen Anwendung der entsprechenden Vorschriften des Kaufs. Und warum soll man auch, wenn man den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus praktischen Gründen nicht nehmen kann, denselben noch über die Vollendung des Werks hinausschieben? Es ist ein Werk da, dessen Wert in mangelfreiem Zustand und dessen wirklichen Wert man abschätzen kann, und weiter verlangt ja § 472, nach welchem die Minderung berechnet wird, nichts.

Einer streng analogen Anwendung wird am ersten die Ansicht Plancks gerecht, entsprechend dem Abschluß des Kaufs den Abschluß des Werkvertrags zu bestimmen. Aber mit Recht hat man dagegen die Bedenken erhoben, daß zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrags noch kein Werk vorhanden sei, von welchem man einen Wert ansetzen könnte.[2])

Nach der von uns vertretenen Ansicht muß also beim Werkvertrag im Falle der Minderung die Vergütung in dem Verhältnis herabgesetzt werden, in welchem zur Zeit der Vollendung des Werks der Wert desselben in

[1]) a. a. O. zu § 634 Nr. 3.

[2]) Engeling, der auch die Ansicht Plancks vertritt, a. a. O. S. 49: „Wir haben hierbei die Existenz des Werks voraus zu datieren.

mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat der Besteller, wenn der Mangel des Werks auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat. § 635. Und zwar steht ihm dieser Anspruch, ebenso wie der Schadensersatzanspruch beim Kauf § 463, wahlweise neben Wandelung und Minderung zu. Jedoch ist die Stellung des Bestellers eine günstigere als die des Käufers. Denn während letzterer Schadensersatz nur verlangen kann auf Grund einer Garantieübernahme oder wegen Arglist des Verkäufers, kann es der Besteller außer der Garantieübernahme, wegen jedes Verschuldens, sowohl wegen Vorsatz wie wegen Fahrlässigkeit, sowohl wegen eigenen Verschuldens des Unternehmers, als auch wegen Verschuldens der im § 278 angeführten Personen.

Ferner muß die zugesicherte Eigenschaft beim Kauf zur Zeit des Kaufabschlusses fehlen; war sie da vorhanden, fehlte sie aber zur Zeit der Übergabe, so stehen dem Käufer nur mehr Wandelung und Minderung zu. Unter den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs beim Werkvertrag ist dagegen von einer Zeitbestimmung nichts enthalten.

Im Gegensatz zum Käufer hat der Besteller noch ein weiteres Rechtsmittel, welches ihm zu Gebote steht, „wenn das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt wird", nämlich das Recht vom Vertrage zurückzutreten[1]) § 636.

[1]) Vergleiche hierzu Motive S. 483 ff. Planck, Staudinger, Oertmann a. a. O., a. a. O. zu § 636, Crome B. G.-B. Bd. 2 S. 682 Nr. 4, Riezler a. a. O. S. 125 ff., Dernburg B. G.-B. S. 440.

Zunächst stehen ihm auch hier natürlich die aus den allgemeinen Vorschriften sich ergebenden Rechtsmittel zu Gebote, so die Klage auf Erfüllung, der unter den Voraussetzungen des § 283 daraus sich ergebende Anspruch auf Schadensersatz und, sofern der Unternehmer auf die Gegenleistung klagt, die exceptio non vite adimpleti contractus.

„Auch im Falle des Verzugs des Unternehmers bleiben die dem Besteller zustehenden Rechte unberührt" § 636 Abs. 1 S. 2. Danach kann er insbesondere Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens und, wenn die nachträgliche Leistung kein Interesse mehr für ihn hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Liegt ein Fixgeschäft vor, so ist der Besteller berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit, oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt. § 361. „Aber auch für solche Fälle, in denen ein Fixgeschäft nicht vorliegt, ist anzuerkennen, daß ein praktisches Bedürfnis vorhanden ist, das Rücktrittsrecht des Bestellers über die allgemeinen Grundsätze hinaus auszudehnen, indem die letzteren namentlich in solchen Fällen nicht ausreichen, in welchen die nicht rechtzeitige Herstellung des Werks nicht auf einem Verschulden beruht und deshalb die Anwendung der Vorschriften über den Verzug ausgeschlossen ist." [1])

So hat § 636 dem Besteller für alle Fälle nicht rechtzeitiger Lieferung, mögen sie verschuldet oder unverschuldet sein, ja selbst auf höhere Gewalt beruhen, ein Recht gegeben, vom Vertrage zurückzutreten, welches unter Voraussetzung der für die Wandelung geltenden

[1]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 483.

Vorschriften des § 634 Abs. 1 bis 3 wie die Wandelung geltend gemacht werden kann.

Ein selbständiges Ausbesserungsrecht, wie bei Mängeln, ist dem Besteller für den Fall, daß das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt wird, nicht gegeben.[1])

4. Kapitel.

Ausschluß der Haftung.

a. Beim Kauf.

Nicht immer, wenn die Kaufsache mit Fehlern der in Kapitel I besprochenen Art behaftet ist, stehen dem Käufer die in Kapitel III erörterten Ansprüche zu. Die sämtlichen Regeln über die Gewährleistung wegen Mängel sind dispositiver Natur, d. h. sie können durch Vertrag erweitert, beschränkt oder erlassen werden.[2])

Ausgeschlossen von dieser Freiheit in der Gestaltung der Vertragsbedingungen ist jedoch der Vertrag, daß der Verkäufer nicht für Arglist einstehe, das sog. pactum ne dolus praestetur. § 476.

Im übrigen herrscht also in dieser Beziehung volle Vertragsfreiheit, ja es giebt sogar einige Fälle, in denen trotz Vorhandenseins von Fehlern die Haftung des Verkäufers schon kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

Zunächst ist die gesetzliche Haftung des Verkäufers ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert, oder die Tauglichkeit der Kaufsache nur unerheblich mindert. Anders beim Werkvertrag. Dieser Unterschied erklärt

[1]) Vergl. Riezler a. a. O. S. 127, Oertmann a. a. O. zu § 636.

[2]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 223.

sich daher, daß der Unternehmer zur Zeit des Vertragsschlusses auf die Gestaltung des Werks noch vollen Einfluß hat.

„Der Verkäufer hat ferner einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei Abschluß des Kaufs kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Art in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat." § 460.

Grobfahrlässig handelt[1]) der, welcher die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in gröblicher Weise außer Acht läßt. Mit diesem Begriff konkurriert hier bezüglich der Frage der Haftung der Begriff „arglistig" auf Seiten des Verkäufers. Der Verkäufer verschweigt arglistig, wie wir oben S. 33 gesehen haben, wenn er den Käufer über das Vorhandensein von Fehlern in Unkenntnis läßt, um ihn dadurch zu täuschen. Welches von diesen beiden konkurrierenden Momenten das stärkere ist, bedarf wohl keiner weiteren Untersuchung, und es ist somit auch selbstverständlich, daß trotz grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers die Haftung des Verkäufers bei arglistigem Verschweigen nicht ausgeschlossen wird.[2])

Der Ausschluß der Haftung bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers verpflichtet diesen dazu, die Kaufsache bei Abschluß des Kaufs, wenn auch nicht eingehend zu untersuchen, so doch auf offensichtliche Fehler zu be-

[1]) Nach Analogie des § 276.

[2]) Vergl. Dernburg B.G.-B. S. 56 Fischer—Henle a. a. O zu § 443, Anm. 2.

sehen, wie man das von jedem ordentlichen Menschen verlangen kann.

Es handelt sich also nur um offene Fehler; für verborgene haftet der Verkäufer auch dann noch, wenn sie zur Zeit des Überganges der Gefahr, d. h. bei Übergabe der Sache vorhanden sind.[1]) Und daß der Verkäufer für solche dem Käufer bekannte Fehler nicht haftet, ist nur ein billiges Erfordernis, denn meist wird wohl mit Rücksicht auf diese Fehler ein geringerer Kaufpreis vereinbart werden. Geschieht dies nicht, so mag der leichtfertige Käufer, der eine minderwertige Sache in Kenntnis des Mangels mit dem vollen Kaufpreise bezahlt, auch den Schaden davon tragen.

§ 464 geht in dem Ausschluß der Haftung einen Schritt weiter: „Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält." Während also § 460 Kenntnis oder auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis des Mangels zur Zeit des Vertragsschlusses voraussetzt, ist hier wirkliche Kenntnis des Mangels, und zwar bei der Annahme der Sache erforderlich. Woher sie stammt, ist gleichgültig. Indes auch die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis vermag die Haftung des Verkäufers nicht auszuschließen.[2]) Hiermit lehnt das bürgerliche Gesetzbuch auch für die Zeit der Annahme[3]) der Kaufsache jegliche Prüfungspflicht des Käufers ab.[4])

[1]) Diese wird wohl vielfach, braucht es aber nicht, mit dem Abschluß des Kaufsvertrags zusammenfallen.
[2]) Vergl. Planck und Oertmann a. a. O., a. a. O. zu § 464.
[3]) Im Gegensatz, wie wir oben gesehen haben, zur Zeit des Vertragsschlusses.
[4]) Im Gegensatz zum Handelsgesetzbuch § 377.

Die Kenntnis der Mängel muß vorhanden sein zur Zeit der Annahme der Kaufsache. Annahme bedeutet, außer der tatsächlichen Begründung der Gewalt des Käufers, dessen Willen, als Erfüllung zu empfangen, „Annahme als Erfüllung.“ [1]) und hat lediglich die Wirkung, daß nun der Käufer die Beweislast der Mangelhaftigkeit der Kaufsache zur Zeit der Annahme hat, während bis zu diesem Zeitpunkt der Verkäufer den Beweis erbringen mußte, daß die Kaufsache vertragsmäßig sei.[2])

§ 464 setzt schließlich voraus, daß der Käufer die Kaufsache in Kenntnis des Mangels, „vorbehaltlos“ annimmt. Behält er sich die ihm zustehenden Rechte vor, so kann er sie jederzeit innerhalb der Verjährungsfristen geltend machen; behält er sie sich nicht vor, so muß darin zweifellos ein Verzicht erblickt werden[3]), und es ist recht und billig und dem Interesse des Verkehrs durchaus angemessen, daß sie ihm dauernd versagt bleiben, wenn er einmal darauf verzichtet hat.[4])[5])

Die auf besonders Garantieversprechen begründete Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel

[1]) Vergl. Laband a. a. O. S. 310, Crome B.G.-B. Bd. 2 S. 451.
[2]) § 363.
[3]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 229, Schollmeyer a. a. O. S. 14, Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 434.
[4]) Mathiaß a. a. O. Bd. 1 S. 504/05 will in der vorbehaltlosen Annahme weniger einen Verzicht des Käufers auf die Gewährleistungsansprüche erblicken, als in der späteren Geltendmachung derselben einen Verstoß gegen Treu und Glauben. M. E. läßt sich die Fiktion eines stillschweigenden Verzichts ohne Bedenken mit einem Verstoß gegen Treu und Glauben vereinigen.
[5]) Crome B.G.-B. Bd. 2 S. 451 meint, der Vorbehalt des Käufers müsse sich auf einen bestimmten Fehler beziehen. M. E. hat der Käufer seine Rechte gewahrt, wenn er sich allgemein die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Mängel vorbehält.

beim Kaufabschluß kennt § 460 S. 1, oder wenn er die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt. § 464.

Unter Mangel haben wir hier nicht nur das Vorhandensein eines Fehlers, sondern auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu verstehen.[1])

Auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis schließt die Haftung des Verkäufers nicht aus. Man nimmt eben an, daß der Käufer den Zusicherungen des Verkäufers vertrauen darf, und daß er nur dann keine Ansprüche gegen ihn haben soll, wenn er wirklich weiß, daß die Zusicherungen nicht auf Wahrheit beruhen. Es ist also in dieser Richtung jegliche Prüfungspflicht des Käufers abgelehnt.

Die Haftung des Verkäufers ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn er dem Käufer eine Eigenschaft in dem Sinne zusichert, daß er sie herzustellen verspricht.[2]) In diesem Falle hat der Käufer indes nicht die ihm sonst zustehenden Ansprüche der §§ 462/63, sondern die aus den allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung von Vertragspflichten sich ergebenden, also hier auf Beschaffung der Eigenschaft.[3])

In einigen besonderen Fällen des Kaufs ist ferner die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen und zwar hat der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn sich auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als

[1]) Vergl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 719, Anm. 7, Fischer-Henle a. a. O. zu § 460 Anm. 1, A. A. Schollmeyer a. a. O. S. 14.

[2]) Es läge dann ein Nebenvertrag vor. Vergl. Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 497 Nr. 1. Planck a. a. O. zu § 460.

[3]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 226, Oertmann a. a. O. zu § 460.

Pfand verkauft wird.[1]) Voraussetzungen für den Ausschluß der Haftung sind hiernach, daß die Sache 1. auf Grund eines an ihr bestehenden Pfandrechts, daß sie 2. in öffentlicher Versteigerung und 3. unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird.

Treffen diese Voraussetzungen zu, ist also jemand gezwungen, eine Sache verkaufen zu lassen, so kann ihm nicht zugemutet werden, auch noch für deren Mängel zu haften, denn er will und kann sie vielleicht nicht anders verkaufen.[2])

Diese Vorschriften wurden erlassen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs;[3]) es sollen damit spätere, langwierige Prozesse wegen Mängel hintangehalten werden. Sie sind ferner durch die besondere Lage des Pfandgläubigers gerechtfertigt,[4]) auf dessen Willen die Veräußerung eigentlich nicht beruht; und sie werden auch meist den Intentionen der Parteien entsprechen.[5])

Viel erörtert ist die Frage, ob durch den Ausschluß der Gewährleistung wegen Mängel beim Pfandverkauf auch die Haftung für zugesicherte Eigenschaften ausgeschlossen wird. Das Gesetz läßt, da es keine speziellen Vorschriften enthält und im allgemeinen unter Mangel auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft versteht, eine dahingehende Deutung wohl zu und ist auch mehr-

---

[1]) § 461 und Zwangsversteigerung eines Grundstücks, Zwangsversteigerungsgesetz § 56.

[2]) Diese Bestimmung deckt sich vollkommen mit der des § 806 der Z.P.-O.: „Wird ein Gegenstand auf Grund einer Pfändung veräußert, so steht dem Erwerber wegen eines Mangels der veräußerten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu."

[3]) Motive Bd. 2 S. 237 ff.

[4]) Denkschrift S. 93.

[5]) Motive Bd. 2 S. 238.

fach so interpretiert worden[1]). Indessen darf man wohl mit Recht mit Dernburg annehmen, daß „die Zusicherung von Eigenschaften, welche nicht leicht anders als auf Grund der Angaben des Schuldners vorkommt, bei öffentlichen Versteigerungen den Zweck hat, ein günstigeres Ergebnis der Versteigerung als gewöhnlich herbeizuführen, und wird diesen Erfolg unter Umständen auch erzielen"[2]). Wenn nun das Gesetz einerseits dem Verkäufer den Weg öffnet zu größerem Vorteil, so wäre es ungerecht, wenn es andererseits dem Käufer den Weg verschließen wollte, für seine größere Leistung eine entsprechende Gewährleistung fordern zu können. Das kann es nicht beabsichtigt haben[3]). Vielmehr noch, als für zugesicherten Eigenschaften, haftet natürlich auch beim Pfandverkauf der Verkäufer für arglistig verschwiegene Fehler[4]).

Analog dem Pfandverkauf hat auch beim Erbschaftskauf der Verkäufer Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache nicht zu vertreten. Vielfach kennt vielleicht der Verkäufer die einzelnen Sachen nicht, noch viel weniger aber deren Beschaffenheit. Er verkauft die Erbschaft als Ganzes, wie er sie erhalten hat, mit den einzelnen Sachen, wie sie eben zur Zeit des Kaufs beschaffen sind und will sie nicht anders verkaufen. Es ließe sich daher kein Grund finden, weshalb man ihn für Fehler haften lassen sollte.

Diese Bestimmung erstreckt sich natürlich in gleicher Weise wie beim Pfandverkauf auch hier nicht auf zugesicherte Eigenschaften und arglistisch verschwiegene Fehler.

[1]) Vergl. z. B. Eccius in Gruchots Beiträgen S. 313, Goldmann u. Lielienthal a. a. O. S. 495, Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 498.

[2]) Vergl. Dernburg B.G.-B. S. 54.

[3]) Vergl. Planck, Staudinger, Oertmann a. a. O., a. a. O. zu § 461, Crome B.G.-B. Bd. 2 S. 453 Note 75, Leistner a. a. O. S. 24.

[4]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 237, Oertmann a. a. O. zu § 461

b. Beim Werkvertrag.

Im allgemeinen gilt das für den Kauf gesagte auch beim Werkvertrag. Einige kleine Unterschiede seien hervorgehoben: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633/34 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.“[1]) § 640 Abs. 2.

Diese Regel entspricht der des § 464 beim Kauf. Die Voraussetzungen zum Ausschluß der Haftung sind hier wie dort dieselben, Vorhandensein eines Mangels, Kenntnis desselben auf Seiten des Käufers resp. Bestellers, Annahme der Sache resp. Abnahme des Werks, und zwar ohne beiderseitigen Vorbehalt der sich aus dem Mangel ergebenden Rechte.

Ein Unterschied besteht nur, insofern es im § 464 heißt: „Nimmt der Käufer an“, während es im § 640 heißt: „Nimmt der Besteller ab“. Die Bedeutung der „Annahme“ ist oben erörtert, hier noch einiges über den Begriff „Abnahme“, dessen genaue Feststellung um so mehr erforderlich ist, als das Gesetz einerseits eine solche nicht bietet, andererseits aber sowohl für den Unternehmer als für den Besteller wichtige Rechtsfolgen daran knüpft.

Der Begriff „Abnahme“ beim Werkvertrag § 640 Abs. 1 ist nicht identisch mit den beim Kauf § 433 Abs. 2. Wenn es dort heißt: „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die gekaufte Sache abzunehmen“, so heißt das: Der Verkäufer hat ein klagbares Recht[2]) auf

[1]) Auch hier hat „Mangel“ die doppelte Bedeutung des Vorhandenseins eines Fehlers und des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft. Siehe auch Steinitz a. a. O. S. 59.
[2]) A. A. Kohler a. a. O. S. 241.

„körperliche Wegnahme und Befreiung von der Aufbewahrungslast der Sache“ [1]). Kommt hiermit der Käufer in Verzug, so unterliegt er den allgemeinen Regeln des Gläubigerverzugs [2]). „Nimmt er die gehörig angebotene Sache nicht ab, so kommt er nicht nur in Annahmeverzug wie bei jeder anderen Obligation, sondern auch in Leistungsverzug bezüglich seiner Abnahmepflicht“ [3]).

Abnahme beim Werkvertrag ist zunächst die körperliche Besitzübertragung des hergestellten Werkes von Seiten des Unternehmers an den Besteller und entsprechende Besitzergreifung von diesem.

Aber wie schon im römischen Recht, so hat man auch bei der Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs [4]) dafür gehalten, daß der Abnahme noch eine tiefere Bedeutung beizumessen sei, nämlich die der Billigung des Werks, der Annahme als Erfüllung.

Die Befürchtung, die gegen eine derartige Auslegung ausgesprochen werden könnte, daß der Besteller durch Billigung — und damit Annahme als Erfüllung — des Werks dasselbe als das in jeder Beziehung vertragsmäßige anerkenne und damit auf die Geltendmachung aller etwaigen Mängel verzichte, ist nicht begründet. Denn, wie wir oben gesehen haben, äußert sich die Wirkung der Annahme als Erfüllung nur in einem Wechsel der Beweislast, indem hier nun der Besteller beweisen muß, daß das Werk zur Zeit der Abnahme mit Mängeln behaftet gewesen ist. Unbenommen bleibt es

---

[1]) Emerich a. a. O. S. 80.
[2]) §§ 293 ff.
[3]) Vergl. Ennecceris-Lehmann a. a. O. S. 591, ferner Crome B.G.-B. Bd. 2 S. 424 Z. 4.
[4]) Vergl. Protokolle Bd. 2 S. 316.

ihm trotz der Annahme als Erfüllung, diese Mängel[1]) innerhalb der Verjährungsfristen geltend zu machen.

Die Billigung des Werks braucht nicht in einer ausdrücklichen Erklärung an den Unternehmer zu liegen; ein derartiges Erfordernis müßte das Gesetz klar ausgedrückt haben. Sie wird vielmehr meist in einer konkludenten Handlung liegen, wie z. B. darin, daß der Besteller das Werk in Gebrauch nimmt.[2])

Auf eine Eigentümlichkeit stoßen wir bei den Ansprüchen des Käufers resp. Bestellers; die sich auf Grund einer unerheblichen Minderung bei zugesicherten Eigenschaften ergeben. Während nämlich dem Käufer in diesem Falle sämtliche Ansprüche zustehen, ist dem Besteller gemäß § 634 Abs. 3, wenn der Mangel worunter wir, wie oben gesehen, nicht nur einen Fehler, sondern auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu verstehen haben — den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindert, die Wandelung versagt.

Ein weiterer unerklärlicher Unterschied zwischen Kauf- und Werkvertrag ist in den §§ 464 und 640 bemerkbar. Während durch den ersteren § für den Fall,

[1]) Dies bezieht sich natürlich auf heimliche Mängel, auf offene nur, sofern die Voraussetzungen des § 640 Abs. 2 nicht vorliegen.

[2]) So die h. A. Vergl. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 313, Crome B.G.-B. Bd. 2 S. 689, Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 595, Planck, Staudinger, Oertmann, Fischer-Henle a. a. O. a. a. O. zu § 649, Riezler a. a. O. S. 135 ff., a. a. Dernburg B.G.-B. S. 432. der annimmt, daß Annahme nur „tatsächliche Ueberführung des vollendeten Werks an den Besteller sei", ferner Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 528, welcher Abnahme als diejenige Annahme bezeichnet, welche den Besteller in den Stand setzt, das Werk zu untersuchen, Schollmeyer a. a. O. S. 53, der Abnahme und Annahme für gleichbedeutend hält, ebenso Titze a. a. O. S. 300.

daß der Käufer die Kaufsache in Kenntnis von Mängeln vorbehaltlos annimmt, dem Käufer sowohl Wandelung und Minderung als auch der Anspruch auf Schadensersatz genommen ist, nimmt § 640 dem Besteller für denselben Fall nur das Recht auf Nachbesserung, die Wandelung und Minderung. Es steht deshalb nichts im Wege, anzunehmen, daß dem Besteller der Anspruch auf Schadensersatz noch zu Gebote steht. Anders würde eine derartige Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen.[1])

5. Kapitel.

Die Verjährung der Ansprüche.

a. Beim Kauf.

Wie das römische und gemeine Recht, so hat auch das bürgerliche Gesetzbuch alle oben erörterten Ansprüche im Interesse des Verkehrs einer besonders kurzen Verjährung unterworfen.

Ausgenommen hiervon ist natürlich der Anspruch auf Schadenserfatz wegen arglistig verschwiegener Fehler. Es ließe sich ja auch garnicht rechtfertigen, wollte man einem dolosen Schuldner durch Sondervorschriften eine günstigere Stellung verschaffen. Es hat also bei ihm mit der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung sein Bewenden.

Die übrigen Ansprüche des Käufers verjähren bei beweglichen Sachen in 6 Monaten, bei Grundstücken in 1 Jahr.

[1]) Vergl. Dernburg, B.G.-B. S. 420 ff., Cosack a. a. O Bd. 1, S. 531.

Auf den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache beim Gattungskauf finden kraft ausdrücklicher Verweisung die Verjährungsvorschriften der Wandelung entsprechende Anwendung.

Die Verjährungsfristen können durch Vertrag verlängert, § 477 Abs. 1 S. 2 und verkürzt § 225 S. 2, werden. Das bürgerliche Gesetzbuch hat nun, entgegen dem ersten Entwurf § 571 Abs. 3, keine Höchstgrenze, wie dort die ordentliche Verjährungszeit von 30 Jahren, bestimmt, bis zu welcher die Verjährung verlängert werden könnte. Planck[1]) schließt daraus, daß sie auch über diese Zeit hinaus verlängert werden könnte.[2]) Mit Recht ist ihm hierin widersprochen worden,[3]) denn wo sollte sonst die Verlängerung eine Grenze finden?

Die Verjährung beginnt bei beweglichen Sachen mit der Ablieferung, bei Grundstücken mit der Übergabe. Über den Begriff „Ablieferung" herrscht nach Übersicht über die vorliegende Literatur kein Streit. Es ist der tatsächliche Akt des Verkäufers, durch welchen er den Gewahrsam der Sache derart aufgiebt, daß ihn der Käufer ohne weiteres verlangen kann. Selbstverständlich stehen constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs diesem Recht nicht gleich[4]).

b. Beim Werkvertrag.

Auch die Verjährung der Ansprüche des Bestellers hat das Bürgerliche Gesetzbuch, dem allgemeinen Land-

[1]) a. a. O. zu § 477.
[2]) Vers. A. Matthiaß a. a. O. Bd. 1 S. 505 und 594, Goudefroy a. a. O. S. 113.
[3]) Vergl. Dernburg B.G.-B. S. 439, Riezler a. a. O. S. 128, Oertmann n. a. O zu § 447.
[4]) Vergl. Dernburg B. G. B. S. 70.

recht folgend, durch ähnliche kurze Verjährungsfristen geregelt und zwar aus demselben Grunde, der auch beim Kaufvertrag eine kurze Verjährung zweckmäßig erscheinen ließ[1]).

Es verjähren nach § 638 der Anspruch auf Nachbesserung, sowie die wegen eines Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in 6 Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in 1 Jahr, bei Bauwerken in 5 Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werks.

Diese kurzen Verjährungsfristen gelten sowohl beim Kauf- wie beim Werkvertrag nur für den Vollzug der einzelnen Ansprüche, ihre Durchführung unterliegt der gewöhnlichen Verjährung.

Auf die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, deren Vorschriften bei Kauf- und Werkvertrag gleich sind, finden außer den allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 211 Abs. 2, 212 noch die Ergänzungsvorschriften der §§ 477 Abs. 2 und 3, 478 und 479 Anwendung. Indessen enthalten wir uns weiterer Erörterungen darüber, da sie nur in einer wörtlichen Wiedergabe des Gesetztextes bestehen könnten.

---

[1]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 486 fg., Riezler a. a. O. S. 127 fg.